

論 説

「1978年インディアン児童福祉法」研究（2）

藤 田 尚 則

目次

第一章 序論

第二章 ICWA 制定の背景

第一節 インディアンの文化

第二節 寄宿学校

第三節 州の管轄権対部族の管轄権（以上、第12号）

第三章 ICWA の制定

第一節 ICWA の制定

第二節 1979年ガイドライン

第三節 2015年ガイドラインと「提案規則」

第四節 2016年「ICWA 手続」と2016年ガイドライン

第四章 合衆国憲法と ICWA

第一節 ICWA 制定の法的根拠

第二節 ICWA 合憲説の展開

第三節 ICWA 違憲説の展開（以上、本号）

第五章 EIF の法理、「適切な事由」例外、積極的努力

第一節 EIF の法理の形成

第二節 EIF の法理の拡大解釈

第三節 EIF の法理への批判

第四節 「適切な事由」例外

第五節 積極的努力

第六章 2つの合衆国最高裁判所判決

第一節 Mississippi Band of Choctaw Indians v. Holyfield

第二節 Adoptive Couple v. Baby Girl

まとめに代えて

第三章 ICWA の制定

第一節 ICWA の制定

I 合衆国議会の認定

ICWA の制定に当って、合衆国議会第95議会第2会期の「下院議事録第95-1386号」は、同法制定について以下のように認定している。

1 実態

インディアン児童の彼ら又は彼女らの家族からの大規模な分離は、アメリカ・インディアンの生活の最も悲劇的で破壊的な局面を呈するものであり、1969年に AAIA によって実施されたインディアン人口調査の結果は、全インディアン児童のおよそ25パーセントから35パーセントが彼らの家族から引き離され、里子を預かる家庭、養子縁組家庭又は施設で生活している。幾つかの州において問題は、深刻であり、ミネソタ州においては、18歳未満のインディアンの児童8人に1人が養子縁組家庭で生活し、1971年ないし1972年において、年齢1歳未満のインディアン児童の4人に1人近くが養子縁組されている。連邦の寄宿学校及び寄宿舎計画もまた、インディアンの家族及びコミュニティの崩壊に一役買っている。家族からの分離のトラウマに加えて、保護監護権を移動された又は施設の下に置かれた多くのインディアンの子どもたちは、インディアンの社会的及び文化的環境とは大きく異なった環境に適応しなければならない問題に立ち向かわなければならない。インディアン児童の福祉の危機が、大規模の割合に達しており、インディアン家族が全体としての我々の社会の特色からして、大規模且つ重大な危機に直面していることは明らかである。¹³⁹⁾

2 判断基準

インディアン児童福祉の危機は、虐待 (mistreatment) を定義する判断基準が訂正されるまで続くであろう。身体的虐待を理由に家族から移動させられるインディアン児童は、ほとんど存在しないのが実情である。ノースダコタ州の保留地の1つの研究によれば、身体的虐待を理由とする家族からの移動は、わずか1パーセントに過ぎず、北西部における1つの部族の研究においても、数値は同じであり、家族からのインディアン児童の移動の99パーセントは、遺棄や社会的剥奪といった曖昧な理由及び子どもたちが彼らの両親と生活することによって被る精神的損害の主張に基づいて行われてきている。インディアン・コミュニティは、優れた保護者と自認している両親が、非インディアンのソーシャルワーカーによって保護者として不向きであると看做されてきたことに衝撃を受けている。特定家族の適合性の判断に当たって多くのソーシャルワーカーは、インディアンの文化的価値及び社会的規範を無視し、インディアンの家族生活との観点から不適切であると決定し、インディアン児童の保護監護権の移動の理由として、有りもしない遺棄や放棄を挙げている。監護権の移動によってインディアン児童は、彼らの部族との文化的紐帯を断ち切られた白人家族に日常的に引き取られてきた。例えば、インディアンの拡大家族の動態は、大きく誤解されている。また、インディアン児童を両親から引き離す理由としてしばしば語られるのが、アルコールの乱用であるが、この判断基準は、平等に適用されていない。と言うのも、当該基準は、インディアンと非インディアンの飲酒問題の比率が同じ地域で、非インディアンの両親には適用されてはいないのである。アルコールの使用については、インディアンと非インディアンの文化の間に重要な相違があることが証言されている。さらにまた、裁判所は、訓練と洞察力に欠けたソー

139) H.R. Rep. No. 95-1386, at 9-10 (1978), *reprinted in* 1978 U.S.C.C.A.N. 7530, 7431-32, available at <https://narf.org/nill/documents/icwa/federal/lh/hr1386.pdf> (last visited Apr. 2, 2018). *See also* Barbara Ann Atwood, *Fighting Over Indian Children: The Uses of Abuses of Jurisdictional Ambiguity*, 36 UCLA L. REV. 1051, 1055 (1989).

シャルワーカーの証言に頼りすぎていることが挙げられる。¹⁴⁰⁾

3 法の適正手続

インディアン児童をその生まれた家から引き離す決定は、法の適正手続の保障が与えられることなく実行されている。インディアン児童若しくは彼らの両親が代理人によって代表されること、又は専門家による証言の支援を受けることは、稀なことである。多くの事例において、児童の監護権を獲得するためにソーシャルワーカーが手広く使っている手法が、親権の自発的権利放棄という手法にあるが故に、手続は、裁決過程を全く経ることなく進められている。権利放棄の可用性の故に、そして非常に多くのインディアンの両親が、生存のために生活保護の支給金に頼っているが故に、彼ら両親は、まま福祉部門の威圧にさらされている。インディアンの両親が財政的援助を受けなければならない主たるサービス部門が、彼らの家族生活にポリス・パワーを行使し、ほとんどの場合に当該部門が監護手続を開始するということは、彼ら両親の生活にとって実に不幸な現実である。インディアンと非インディアンの間の社会システムの衝突が、適正手続を打ち負かしている。拡大家族が、その例である。拡大家族は、子育ての責任を分担することによってコミュニティの子どもとの紐帯を強化しているが、それは同時に、外部の機関が監護を想定して動き出した時、拡大家族が、即それに対応することができる可能性を減退させている。インディアン児童が、相当の時間を他の親族と費やすのは常態であるが故に、何が起きているのかを即時に理解できず、気付いた時には、適正手続の保障を受ける機会は既に過ぎ去っている。¹⁴¹⁾

140) H.R. Rep. No. 95-1386, at 10-11. See also Barbara Ann Atwood, *Tribal Jurisprudence and Cultural Meanings of the Family*, 79 NEB. L. REV. 577, 640-41 (2000); Linda J. Lacey, *The White Man's Law and the American Indian Family in the Assimilation Era*, 40 ARK. L. REV. 327, 375 (1986); Barsh, *supra* note 22, at 1294.

141) H.R. Rep. No. 95-1386, at 11. See also Barsh, *id.* at 1300.

4 経済的刺激

ある場合においては、財政的考慮が危機に働いている。例えば、子どもの保護監護権の移動のために設立された機関が、監護権を移動するために児童を発見しようとの意欲を持つのである。インディアン・コミュニティの指導者たちは、連邦によって助成された里子養育制度計画が、非インディアン家族が僅かな農業所得を補充し、農場の仕事について臨時雇いを雇用するために保育所を開設しようとする動きに連動していると非難しているところ、このことは、里子養育制度におけるインディアン児童と養子縁組されるインディアン児童数との割合の差異によって裏付けられている。ワイオミング州の実績を例に挙げれば、インディアンが里子として預けることの70パーセントを占めているが、養子縁組による保護監護権の移動におけるインディアンの占める割合は、たかだか8パーセントである。里子として預けることは、児童が養子縁組された場合に終了するのである。加えて、経済的阻害要因が、存在している。インディアン・コミュニティの置かれている状況を打開するためには、莫大な費用が連邦及び州政府にかかってくるであろうが、長期的に莫大な費用をかけるわけにはいかない。せめて第一段階として、現在の基金を有効に使用するための新たなより効果的方法が、見出されてしかるべきである。¹⁴²⁾

5 社会的情勢

低収入、失業、病弱、不良住宅及び低学歴といった要因が、最も頻繁にインディアンの家族生活の崩壊の原因として引用されるが、インディアンであろうと非インディアンであろうと、全ての貧困に陥った社会が、高い割合で家族の崩壊を経験するわけではない。文化的喪失、個人の無力感、自尊心の喪失といった要因が、家族の崩壊の最も大きな潜在的力として働いている。それらは、大部分が長い間に確立された連邦の政策に反映された我々の国民

142) H.R. Rep. No. 95-1386, at 11-12. See also Barsh, *id.* at 1298-30; Mississippi Band of Choctaw Indians v. Holyfield, 490 U.S. 30, 32-36 (1989).

的態度及び政府の恣意的行為から生じている。文化的な方向感覚の喪失、無気力感、自尊心の喪失といった要因が、最も潜在的な力として働いているものと思われる。それらの大部分は、長い間に確立されてきた連邦の政策に反映されているインディアンに対する連邦政府の態度及び連邦政府の恣意的な行為に起因したものである。国家によるパターナリズムの効果の1つが、インディアン両親を彼らの社会から遠ざけ、その結果、彼らは、自分の子どもたちを拡大家族の中の親戚の保護に委ねるよりも、病院や福祉部門に委ねたのである。他の効果の現れが、家族の強制的で恣意的な、そして正当な理由のない引き離しである。既に指摘したように、多くのインディアン・コミュニティにおける厳しい生活状況が、福祉部門をして正当な根拠のない監護権の移動を駆り立てたのである。加えて、これらの状況が、インディアン家族の崩壊の主要な要因と看做され、そして一般的に言ってインディアンの貧困の終わりが見えなかったが故に、連邦の機関は、遺棄又は移動の発生を減少させる即効的で実情に即した手段を取り入れることに失敗してきたのである。¹⁴³⁾

II ICWA 制定の意義とその目的

1 意義

ICWA は、インディアン児童に関わる親権の終結、養子縁組及び里子として預けることに関する手続を定め、連邦による専占権 (preemptive power)、管轄権の手順配分、手続的要件及び児童の保護監護権の移動に関する実体的判断基準を定めることによって、州が不当にインディアン児童を彼らの親又は両親、拡大家族及び児童が所属する部族から引き離すことを妨げるための制定法上のスキームを構築している。それによって ICWA は、インディアン家族の全一性を保護し、促進することをその目的としている。

ICWA は、部族が当該構成員に対してその権限を行使するという基本原

143) H.R. Rep. No. 95-1386, at 12. See also Barsh, *id.* at 1294-95.

理を再確認する一方で、州の家族法領域に連邦法及び部族法を差し込んでいく。つまり、多くの州の法律と異なり、連邦法及び部族法は、インディアン児童、児童の両親及び児童が所属する部族に権利を付与することによって、インディアン家族を保護するよう意図され、それによって ICWA は、子どもたちに対する広範囲にわたるコミュニティのつながりとその責任を認めるインディアン部族の家族関係の默契に特別の配慮を払っている。これに対して、州の児童福祉制度は、専ら両親との強い絆の規制、改善、切断又は復活に焦点を当て、それによって核家族を強化することに向けられている。かかる法的及び文化的相違の故に、ICWA は、州裁判所によってその解釈及び憲法上の分析を通して批判を浴びることになるが、それにも拘わらず、¹⁴⁴⁾ ICWA は、インディアン社会の家族に関する事項への連邦の承認と部族によるコントロールへの支援を規定し、インディアンの児童福祉手続が州の裁判制度内で実行される過程を実質的に転換している。¹⁴⁵⁾

2 目的

(1) ICWA は、「合衆国とインディアン部族及びその構成員との特別な関係並びにインディアン人民への連邦の責任」を履行するにあると規定し(合衆国法律集第25編第1901条柱書き)、合衆国議会が、合衆国憲法第1条第8節第3項及びその他の憲法上の権限を通してインディアン問題に対する「無条件の権限」¹⁴⁶⁾ (plenary power) を有することにその根拠を求めている(同条第1

144) See generally Jane Burke, *The Baby Veronica Case: Current Implementation Problems of the Indian Child Welfare Act*, 60 WAYNE L. REV. 307 (2014); Philip (Jay) McCarthy, Jr., *The Oncoming Storm: State Indian Child Welfare Act Laws and the Clash of Tribal, Parental, and Child Rights*, 15 J.L. & FAM. STUD. 43 (2013); Ashley E. Brennan, Comment, *Child Abuse Is Color Blind: Why the Involuntary Termination of Parental Rights Provision of the Indian Child Welfare Act Should Be Reformed*, 89 U. DET. MERCY L. REV. 257 (2012).

145) FELIX S. COHEN'S HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW § 11.01[1], at 830-31 (Nell Jessup Newton et al. eds., 2012) [hereinafter COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED.].

146) See John Robert Renner, Comment, *The Indian Child Welfare Act and Equal*

号)。合衆国議会は、特に「児童以上にインディアン部族の継続的存在及び整合性にとって重要な資源は存在せず、及び合衆国は、受託者としてインディアン部族の構成員又は構成員の資格があるインディア児童を保護することに直接的利益を有する。」と認定している（同条第3号）。さらに、合衆国議会は、「インディアン家族の驚くほどの高い割合が、非部族の公的及び私的機関によるしばしば正当な理由のない彼らの児童の移動によって解体され、及び当該児童の驚くほどの高い割合が、非インディアンの里子を預かる家庭及び養子縁組家庭並びに施設に収容されている。」と認定し（同条第4号）、「州は、行政機関及び司法機関を通してインディアン児童の監護手続に対する承認された当該州の管轄権を行使するに際して、しばしばインディアン人民の部族との本質的な関係及びインディアンのコミュニティーと家族に広く行きわたっている文化的並びに社会的基準を承認してこなかった。」と述べている（同条第5号）。

ICWA は、2つの国家の政策的目的を掲げている。すなわち、「合衆国議会は、家族からのインディアン児童の移動及びインディアン文化の独特の価値を反映する当該児童の里子を預かる家庭又は養子縁組家庭への保護監護権の移動に関する最低限度の連邦基準を確立することによって、並びに児童と家族の支援計画の実施におけるインディアン部族への援助を提供することによって、インディアン児童の最善の利益を保護し、及びインディアン部族と家族の安定並びに安全を保護することが国家の政策であることをここに宣言する。」と謳っている（同第1902条）。

ICWA は、インディアン児童の最善の利益を促進するという政策は、部族の利益を保護するという政策に適合するという前提に立っているが、1978年聴聞会の報告書は、合衆国法律集第25編第1915条（養子縁組による監護権の移動：優先権）を解釈し、同条は、インディアン社会におけるその社会の子ども

Protection Limitations on the Federal Power Over Indian Affairs, 17 AM. INDIAN L. REV. 129, 132-138 (1992). 無条件の権限の法理の詳細について、拙著・前掲註15, 310頁～323頁参照。

たちを保持することにおける①インディアンとしてのインディアン児童の権利と②インディアン・コミュニティ及びインディアン部族の権利とを保護することにあり、連邦の政策は、可能な限りインディアン児童をインディアン・コミュニティに留まらせることにある¹⁴⁷⁾としている。また、サウスカロライナ州控訴裁判所は、Chester County Dep't of Social Services v. Coleman¹⁴⁸⁾で、合衆国議会は、ICWAをインディアン児童の最善の利益を保護し、インディアン部族とその家族の安定及び安全を保護するという2つの目的をもって制定しているところ(同第1902条)、同法は、インディアン児童が所属する部族への関係の保護が当該児童の最善の利益にあるという前提をその基礎としていると判示している¹⁴⁹⁾。インディアン児童の養育は、当該児童が所属する部族内の政治的構成員たることにおける当該児童の利益を保護することを含むものである。その利益の中には、土地割当の権利のみならず、土地請求からの配分やゲーミング、狩猟権及び漁業といった金銭的価値を含むところである。児童の利益には、また、児童の文化遺産及び部族の継続的な慣習的生活への参加資格が含まれる。ICWAは、インディアンの児童福祉事件における意思決定の多くを部族裁判所に指図し、インディアンの家族及びコミュニティにとって優位な州裁判所の手続を維持するための手続及び保護監護権の移動に関する判断基準を確立することによって、インディアン児童が先住民の文化との接触を保つよう試みて¹⁵⁰⁾いる。

(2) インディアン部族とその家族の安定及び安全を保護するというICWAの目的は、自治権を有するコミュニティ、彼らの政府組織の継続性、家族とクランの社会構造、そして毎日の生活における文化的要素といっ

147) H.R. Rep. No. 95-1386, at 23 (1978).

148) 372 S.E.2d 912 (S.C. Ct. App. 1988).

149) *Id.* at 914. *See also* A.B.M. v. M. H. & A.H., 651 P. 2d 1170 (Alaska 1982) *cert. denied sub nom.* Hunter v. Maxie, 461 U.S. 914 (1983); *In re* Adoption of K.L.R.F., 515 A. 2d 33 (1986) *appeal dismissed*, 533 A.2d 708 (1987).

150) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *supra* note 145, § 11.01[2], at 833-34. *See also* Carole E. Goldberg, *Descent Into Race*, 49 UCLA L. REV. 1373, 1382-84 (2002).

た彼らの生存におけるインディアン部族又はネーションの利益を含むものである。インディアン・ネーションの言語，文化，経済活動，そしてその生活様式を構成する価値と行動は，部族の市民としての彼らの子どもたちを育成する構成員の機会に依存する。¹⁵¹⁾

かかる点に関して1978年聴聞会報告書は，以下のように述べている。すなわち，未成年，特に幼児のインディアンは，価値ある文化的及び財産的利益を利用するために自身が属する部族に登録されるに必要な公式の手続的メカニズムを開始する能力をもたない。明らかに合衆国議会は，彼らの保護のために行為する権限を有するのである。インディアン及びインディアン部族とその事項に対する合衆国議会の憲法上の権限並びに無条件の権限は，部族法の下で確立された技術的過程の回転にかからせるために行使されるべきではない。このことは，特にインディアン児童について言えることである。ただし，インディアン児童は，少数派であるが故に，彼らの部族及びインディアンのアイデンティティーについて合理的な決定を行い得ないからである。¹⁵²⁾

(3) ICWA は，インディアンの児童及び部族と両親又は親の利益との関係は複雑であるが，インディアン児童の親又は両親及びインディアンの監護権者をも保護している。第1912条第e項（里子として預けることの判決；証拠；児童への損害の決定）は，「里子として預けることは，親又はインディアンの監護権者による継続的監護が児童にとって著しい精神的又は身体的損害を引き起こす可能性があるとする資格を有する専門家証人の証言を含む明白且つ説得力ある証拠（clear and convincing evidence）によって支持される決定がない限り，当該手続において判決されることはない。」と規定し，同条第f項（親権終結判決；証拠；児童への損害の決定）は，「親権の終結は，親又はインディアン監護権者の継続的監護が児童にとって著しい精神的又は身体的損害を引

151) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *id.*, § 11.01[2], at 834 ; Annette Ruth Appell, *Uneasy Tensions Between Children's Rights and Civil Rights*, 5 NEV. L.J. 141, 145 (2004).

152) H.R. Rep. No. 95-1386, at 17 (1978).

き起こす可能性があるとする資格を有する専門家証人の証言を含む合理的疑義を超える証拠によって支持される決定がない限り、当該手続において判決されることはない。」と定めている。これらの規定は、両親の利益と部族の市民権に有するインディアン児童の権利及びインディアン・ネーションの政治的並びに文化的生存に有する利益とを連携するものである。¹⁵³⁾

また、第1911条（児童の監護手続に対するインディアン部族の管轄権）第 a 項（専属管轄権）は、「インディアン部族は、州に関して当該部族の保留地内に居住し、又は住所を定めるインディアン児童に関わる児童の監護手続に対する専属管轄権を、当該管轄権が現行連邦法で州に付与されている場合を除いて保持する。」と定め、同条第 b 項（手続の移送：部族裁判所による辞退）は、「インディアン児童が所属する部族の保留地内に住所を定めず、又は居住していないインディアン児童を里子として預けること又は当該児童の親権の終結についての州裁判所の手続において、裁判所は、相反する十分な理由が存在しないとき、いずれかの親の反対がない場合であって、親又はインディアンの監護権者又はインディアン児童が所属する部族のいずれかの申請に基づいて、当該手続を部族の管轄権に移送しなければならない。ただし、当該移送は、当該部族の部族裁判所による辞退に従わなければならない。」と定めている。¹⁵⁴⁾

合衆国最高裁判所は、Mississippi Band of Choctaw Indians v. Holyfield（以下、「*Holyfield* 判決」という。）で、上記第1191条第 a 項及び第 b 項等の権利は、「個々のインディアン児童及び家族の権利のみならず、部族それ自体の権利をも保護する手段と看做される。加えて、非インディアンの家庭へのインディアン児童の監護権の移動に対して合衆国議会が関心を示したのは、インディアン児童の監護権をインディアンの文化の外に移動することは、当該児童に有害な影響を与えるという証拠にその根拠を部分的に求めることができる。合衆国議会は、かかる監護権の移動を養子縁組について両親の合意がある場合においてさえ、ICWA の管轄権規定及びその他の規定に服させ

153) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *supra* note 145, § 11.01[2], at 835.

154) 490 U.S. 30 (1989).

ることを決定したのである。けだし、合衆国議会の関心は、個々の両親の意思を越えているからである。¹⁵⁵⁾」と述べ、さらに、部族の利益保護は、ICWAの核心を構成する。同法は、部族が両親の利益とは区別されるが、当該利益と同等である児童に対する利益を有することを認めている。かかる保留地におけるインディアン部族とインディアン児童との関係は、合衆国内のその他の民族文化に匹敵するものを見出すことができない関係である¹⁵⁶⁾としている。

(4) 最後に、ICWAの政策的目標には、親権の終結ないしインディアン児童の監護権の移動に関する州の基準の適用の促進について何ら言及されていないことに注意する必要がある。すなわち、ICWAの手続的及び実体的規定は、子どもの最善の利益に関する州法と実質的に異なるからである。¹⁵⁷⁾

第二節 「1979年ガイドライン」

I 内務省BIAによる1979年ガイドラインの策定

ICWAは、内務長官は「1987年11月8日以後180日以内に、本章の規定を執行するために必要とされる法規を公布しなければならない。」(第302条(合衆国法律集第25編第1952条))と規定するところ、ICWAに従うよう州を督促する目的をもって、BIAは、1979年11月26日、「行政手続法」(the Administrative Procedures Act)¹⁵⁸⁾(以下、「APA」という。)の定める規則制定手続に従って、「州裁判所に対するガイドライン; インディアン児童監護手続」(Guideline for State Courts; Indian Child Custody Proceeding)(以下、「1979年ガイドライン」とい

¹⁵⁵⁾ *Id.* at 49-50.

¹⁵⁶⁾ *Id.* at 52.

¹⁵⁷⁾ 各州が採用する子どもの最善の利益テストの不安定性と主観性について批判する論稿として、以下の文献が参考になる。Barbara Ann Atwood, *Identity and Assimilation: Changing Definitions of Tribal Power Over Children*, 83 MINN. L. REV. 927, 933 n.20 (1999); Jon Elster, *Solomonic Judgements: Against the Best Interest of the Child*, 54 U. CHL. L. REV. 1, 16 (1987), cited in COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *supra* note 145, § 11.01[2], at 835. n.40.

¹⁵⁸⁾ 5 U.S.C. § 553.

う。)を策定し、内務省が「フェデラル・レジスタ」(Federal Register)第44巻第228号¹⁵⁹⁾に公表した。

1979年ガイドラインは、その「序論」で、当該ガイドラインは当該ガイドライン及び1979年4月23日に公表された「州裁判所に対する勧告ガイドライン——インディアン児童監護手続」(Recommended Guidelines for State Courts—Indian Child Custody Proceedings)と共に、BIAのICWAに関する解釈を示し、ICWAによって保障される権利が、インディアン児童の監護事項を州裁判所が決定する場合に保護されることを支援するための手続を定めたガイドラインであって、内務省のICWAの解釈が正しい限りにおいて、裁判所によるこれと反対の解釈は、ICWA侵害に当たっていると見なしている。もっとも、これらガイドラインの中で推奨された手続とは異なる手続が、州によって採用される場合、ICWAによって保障される権利を保護するための妥当性は、州自身の利点によって判断されなければならないとし、ICWAで使用される用語を解釈する主たる責任は、インディアンの監護事件を審理する裁判所にあるとしている。従って、1979年ガイドラインは、単なる指針(guidance)を意味するのであり、拘束力を持つものではなく、拘束力ある行政規則とは区別¹⁶⁰⁾される。

II 内容

1979年ガイドラインの内容は、(A)政策、(B)事実審理前協議、(C)部族裁判所への移送のための請求、(D)強制的移動の裁決、(E)自発的手続、(F)処分、(G)事実審理後の権利という7項目から成っている。(A)政策では、「(1)合衆国議会は、ICWAを通してインディアン児童がその家族との関係を維持し、インディアン児童の監護に関する事項についての部族の判断

¹⁵⁹⁾ 44 Fed. Reg. 67,584 (Nov. 26, 1979), available at <https://www.loc.gov/collections/federal-register/?fa=partof%3A%20federal+register%3A+volume+44&sb=date> (last visited Nov. 10, 2018).

¹⁶⁰⁾ *Id.*

に敬意を払い、家庭から移動されなければならないインディアン児童を彼ら／彼女ら自身の家族又はインディアン部族内に留めることに優先権をおくという合衆国議会の明確な意思を表明した。インディアン児童の監護に関する州裁判所における手続は、上記優先権に逆行する個々の事件における結果を正当化するためには、厳格な手続に従い、厳格な要件を満たすべきである〔mustではなく、shallを用いている。〕。……(2) 適用される州又はその他の連邦法律が、ICWAに従って与えられる保護より親又はインディアンの監護権者の権利保護についてより高い基準を定めている場合、州裁判所は、インディアン部族又は児童についてICWAによって付与される権利を侵害しない限り、当該州の又は連邦の法律を適用すべきである。」と述べている。¹⁶¹⁾

以下で扱う判例との関連で言えば、養子縁組による保護監護権の移動に関して「相反する十分な理由が存在しない場合」、インディアン家族及び部族への優先権が与えられなければならない旨を定める第1915条にいう「十分な理由」について、1979年ガイドラインは、「F.3 優先権を修正するための十分な理由」で次のように述べている。「(a) 里子の養育、養子縁組前の又は養子縁組による保護監護権の移動の目的にとって、適切な理由は……以下の考慮要素の1つ又はそれ以上に基づくべきである。(i) 児童がある程度の年齢に達している場合、生物学上の両親又は児童の要求。(ii) 資格を有する専門家の証言によって打ち立てられた児童の特別な身体的又は感情的ニーズ。(iii) 入念な調査が、優先権の基準に見合う家族に対して行われた後、移動にとって適切な家族の不適切性。(b) [第1915条] 第b項によって決定される優先命令に従わない十分な理由の存在の立証責任は、優先権に従うべきではないと主張する当事者にある。」¹⁶²⁾としている。

Ⅲ 判例

裁判所は、1979年ガイドラインをどのように処理してきたかを見る。

¹⁶¹⁾ *Id.* at 67,585-86.

¹⁶²⁾ *Id.* at 67,594.

1 *In re Adoption of F.H.*

アラスカ州最高裁判所は、1993年の *In re Adoption of F.H.*¹⁶³⁾ で「ICWA は、優先権の命令に関して『適切である場合、インディアン児童又は親の優先権が考慮されなければならない。』と規定している（合衆国法律集第25編第1915条第c項）。1979年ガイドラインは、優先権に従わない場合の十分な理由について、当該事由は、親の優先権に基づくことができると述べている。1979年ガイドラインは、拘束力を有しないが、当裁判所は、当該ガイドラインを指針として注意を向けてきた（*In re L.A.M.*, 727 P.2d 1057, 1060 n.6 (Alaska 1986)）。ICWA 及び1979年ガイドラインは、ICWA に定める優先権からはずれるための十分な理由が存在するか否かを決定する場合、裁判所が、親の優先権を考慮し得ることを示唆している。¹⁶⁴⁾」と述べ、1979年ガイドラインを第1915条解釈の基準として採用している。

2 *In re Custody of S.E.G.*

ミネソタ州最高裁判所は、1994年の *In re Custody of S.E.G.*¹⁶⁵⁾ で合衆国法律集第25編第1915条第a項を解釈したくだりで、「ICWA 又はその立法史は、十分な理由の定義を示唆してはおらず、十分な理由が存在するか否かを決定するに際して考慮されるべき要件について定めてはいない。しかしながら、1979年ガイドラインは、州裁判所が第1915条第a項を解釈する場合の組み立てを提供している。……しかし、当該ガイドラインは、合衆国議会が州裁判所に何らかの裁量権をも認めていることを示唆する内容となっている。……1979年ガイドラインは、裁判所を拘束するものではないが、当該ガイドラインのF.3で『ものとする』(shall) という用語を用いていることは、十分な理由が存在するか否かの審理は、当該ガイドラインで示された諸要素に限定されるべきであると解される。従って、当裁判所は、第1915条にいう移動の優

¹⁶³⁾ 851 P.2d 1361 (Alaska 1993).

¹⁶⁴⁾ *Id.* at 1364.

¹⁶⁵⁾ 521 N.W.2d 357 (Minn. 1994).

先権を回避するために十分な理由が存在するとする決定は、1979年ガイドラインが定める1つ若しくはそれ以上の要素の認定を基礎に置く必要があると判断する。」と述べている。¹⁶⁶⁾¹⁶⁷⁾

3 Adoptive Couple v. Baby Girl

合衆国最高裁判所もまた、2013年の *Adoptive Couple v. Baby Girl* ¹⁶⁸⁾ (以下、「*Adoptive Couple* 判決」¹⁶⁹⁾ という。)で、1979年ガイドラインの「(D) 強制的移動の裁決」¹⁷⁰⁾の箇所の文言を援用して第1912条第f項を解釈し、判決を下している(第十章第二節参照)。¹⁷¹⁾

第三節 「2015年ガイドライン」と「提案規則」

I 内務省 BIA による2015年ガイドラインの策定

2015年2月25日、BIAの手によって更新された1979年ガイドラインの改定版である「インディアン児童監護手続における州裁判所及び行政機関のためのガイドラン」(Guideline for State Courts and Agencies in Indian Custody Proceedings) ¹⁷¹⁾が、内務省によってフェデラル・レジスタ第80巻第37号に公表された。BIAの説明によれば、2015年ガイドラインは、州裁判所におけるインディアン児童福祉手続において使用されるべき標準的手続及び最善の実務を提供するものであり、数回の聴聞会、2014年を通じて付託された文書による批判及び「暴力にさらされているアメリカ・インディアン及びアラスカ先住

¹⁶⁶⁾ *Id.* at 361-63.

¹⁶⁷⁾ *See also* Adoption of N.P.S., 868 P.2d 934, 936 (Alaska 1994); *In re* T.R.M., 525 N.E.2d 298, 307 (Ind. 1988); *In re* Halloway, 732 P.2d 962, 970 (Utah 1986).

¹⁶⁸⁾ 133 S. Ct. 2552 (2013).

¹⁶⁹⁾ 44 Fed. Reg. 67,584, 67,593 (Nov. 26, 1979), available at <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1979-11-26/content-detail.html> (last visited Apr. 20, 2018).

¹⁷⁰⁾ 133 S. Ct. at 2561-62.

¹⁷¹⁾ 80 Fed. Reg. 10,146 (Feb. 25, 2015), available at <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2015-02-25/pdf/FR-2015-02-25.pdf> (last visited Apr. 20, 2018).

民の児童に関する司法長官諮問委員会」(Attorney General's Advisory Committee on American Indian/Alaska Native Children Exposed to Violence) の勧告に答えて発出されたものである。

既に内務省は、インディアン児童に関する強制的児童監護に関する通知手続に対処した1979年ガイドラインを公表していたが、当該ガイドラインは、通知の内容のための要件を超えて、ICWA が州裁判所における児童監護手続に課している特別の要件及び基準については対処するものではなかった。また、BIA は、1979年にインディアン児童の監護手続における多くの ICWA の要件を解釈する際の指針を公表したが、2015年ガイドラインは、そのガイドライン策定の背景について以下のように述べている。すなわち、1979年ガイドラインが公表されてから、当該ガイドラインは、更新されず、35年が経過した今日、ICWA の制定へと導いた多くの問題が、いまだ山積している。2014年、内務省は、ガイドラインを更新すべきか、またいかなる変更が必要かについて決定するため発言を求め、連邦によって承認されたインディアン部族の代表、州裁判所の代表 (例えば、少年裁判所及び家庭裁判所裁判官全国評議会 (National Council of Juvenile and Family Court Judge)), 「全国インディアン児童福祉協会」(National Indian Child Welfare Association) 及び「アメリカン・インディアン全国会議」(National Congress of American Indians) のリスニング・セッションを含む何回かの聴き取りを実施してきた。その結果、内務省は、ガイドラインを更新するに至ったと述べている。¹⁷²⁾

2つの事情が、内務省 BIA による2015年ガイドラインの策定を後押したものと考えられる。その1つが、合衆国最高裁判所の2013年の *Adoptive Couple* 判決であり、他の1つがサウスダコタ州による首尾一貫したとも言える ICWA 違反である。¹⁷³⁾

172) *Id.* at 10,147.

173) Suzette Brewer, *BIA Releases New ICWA Guidelines to Protect Native Families and Children*, INDIAN COUNTRY TODAY (Feb. 26, 2015), available at <https://newsmaven.io/indiancountrytoday/archive/bia-releases-new-icwa-guidelines-to-protect-native-families-and-children-rleRwA5LMkqWwo5d4Fh1Mw/> (last visited

II 2015年ガイドラインの内容

2015年ガイドラインは、以下の通りである。第 A 節「一般規定」(ガイドラインを通じて使用される「積極的努力」、「児童監護手続」といった重要な用語の定義を試み、また ICWA の適用において EIF 除外は認められないとしている。)、第 B 節「公判前手続」、第 C 節「部族裁判所への移送手続」(部族裁判所への移送を否認する「十分な理由」(合衆国法律集第25編第1915条第 a 項参照。))の要件を更新し、また ICWA の移動優先権規定(同条項参照。)と矛盾するインディアン児童の「最善の利益」テストを、独立して用いることを不適切であるとしている。)、第 D 節「強制的移動、養子縁組、終結又は親権終結の裁決」、第 E 節「自発的手続」、第 F 節「処分決定」(ICWA に定める里子及び養子縁組による移動を何時、いかに適用すべきかに関する情報提供を行っている。)¹⁷⁴⁾、第 G 節「審理後の権利」。

III 提案規則

内務省 BIA は、ガイドラインを発表すると同時に、数回のリスニング・セッションを経て、2015年3月20日には、次節に述べる2016年の「決定規則」(final rule)の制定へと結実していくことになる「インディアン児童監護手続における州裁判所及び行政機関に関する規則」(the Regulations for State Courts and Agencies in Indian Child Custody Proceedings)を「提案規則」(proposed rule)¹⁷⁵⁾として公表した。

Aug. 20, 2018).

¹⁷⁴⁾ 80 Fed. Reg. 10,146I, 10,147-10,159.

¹⁷⁵⁾ 80 Fed. Reg. 14,880 (Mar. 20, 2015), available at <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/FR-2015-03-20/2015-06371> (last visited Apr. 25, 2018).

第四節 2016年制定の「決定規則」と「2016年ガイドライン」

I 決定規則

1 決定規則の制定

内務省 BIA は、2016年6月14日に公表した(2016年12月12日に発効。¹⁷⁶⁾「ICWA 手続」(the Indian Child Welfare Act Proceedings) (以下、「決定規則」という。)について以下のように説明している。すなわち、1978年の ICWA は、その制定後、インディアンの家族にとっての重要な権利及び保護を付与し、インディアン児童の彼ら又は彼女らの家族及び部族からの広範囲にわたる移動を阻止する役割を演じてきた。州の立法機関、裁判所及び官吏は、この連邦法を解釈し、履行してきたところ、多くの州は、積極的努力を惜しまず、ICWA が推し進める政策を支援すべきである。しかしながら、内務省は、ICWA の執行及び解釈が州の間で不一致を生み出してきており、時として州の内部においてさえ大きく異なっているという事実を見出してきたところである。このことが、ICWA の制定法上の文言及び保護を適用する際に重大な差異へと導いている。この差異は、同一の連邦法の下で、1つの州におけるインディアン児童及びその両親が他の州におけるインディアン児童及びその家族よりも、権利と保護についての異なった取扱を受け得ることを意味するものである。インディアン児童が居住するところに基づくかかる ICWA の諸州の間における完全に相異なる適用は、ICWA の適用の保護において重要な隔たりを生み出し、合衆国議会が意図した統一的な最小限の連邦基準に相反するものである。インディアン児童、家族及び部族を保護するために合衆国議会によって意図された最小限の連邦基準に従うべきことは、いまだ今日においても存在意義が存するところである。合衆国とインディアン部族及びその構成員との特別な関係(合衆国法律集第25編第1901条柱書、同条第

¹⁷⁶⁾ 81 Fed. Reg. 38,778 (Jun. 14, 2016), available at <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-06-14/pdf/2016-13686.pdf> (last visited Apr. 25, 2018).

2号参照。)は、完全な効力を有する。しかし、インディアン児童は、彼ら又は彼女らの家庭及びコミュニティからいまだその他の児童よりも不適切に移動させられている。¹⁷⁷⁾

内務省は、決定規則は、2016年12月12日以前に開始された里子として預けること、親権の終結、養子縁組前の保護監護権の移動又は養子縁組による保護監護権の移動に関する州法に基づく手続に影響を与えるものではないが、当該規則は、同一の事項についてのその後の手続ないし同一の児童の監護又は移動に影響を与えるその後の手続に適用されるとしている¹⁷⁸⁾（連邦行政命令集第25編第23.143条参照。）。

2 決定規則の拘束性

決定規則は、拘束力を有するか。内務省 BIA は、前年の提案規則を公表した際の趣旨説明の中で、「全州を通じての ICWA の履行における一体性を確保するための拘束力ある解釈 (binding interpretation) として、ICWA の内務省の解釈を確立する」¹⁷⁹⁾ものであるとし、その拘束力を認めている。BIA は、当初、拘束力ある規則は「法律 [ICWA] を運用するに不適切」¹⁸⁰⁾であると考えていた (1979年ガイドライン参照。)。しかし、BIA は、3分の1世紀にわたる経験が、重要な連邦法の解釈についてより統一性の必要性があることを確認したとしている。つまり、上に述べたように、数十年にわたって様々な州裁判所及び州行政機関は、ICWA を異なった方法で、そして時として衝突する方法で解釈してきた。このことは、合衆国議会の意図に反して、全米にわたって ICWA の司法判断に適用される異なった基準の適用をもたらしてきている¹⁸¹⁾。従って、BIA は、全米における統一的な ICWA の運用及び適

¹⁷⁷⁾ *Id.* at 38,779.

¹⁷⁸⁾ 25 C.F.R. § 23.143 (2018); 81 Fed. Reg. 38,778, 38,876 (Jun. 14, 2016).

¹⁷⁹⁾ 80 Fed. Reg. 14,880, 14,881 (Mar. 20, 2015).

¹⁸⁰⁾ *See* 44 Fed. Reg. 67,584 (Nov. 26, 1979).

¹⁸¹⁾ *See* CASEY FAMILY PROGRAMS, INDIAN CHILD WELFARE ACT: MEASURING COMPLIANCE (2015), available at <https://www.casey.org/media/measuring-compliance-icwa.pdf>

用が必要である¹⁸²⁾と言うのである。

BIA が¹⁸³⁾、州裁判所による異なった司法判断の典型的項目として挙げるのが、EIF 例外（詳細については第九章参照。）である。既に述べたように、EIF の法理を最初に司法判断として取り入れられたのは、カンザス州最高裁判所が¹⁸⁴⁾1982年に判決を下した *Baby Boy L.* 判決の中であるが、当該法理の展開によって、ICWA が定義するインディアン児童に該当する当該児童及び両親が、合衆国議会が連邦法律で確立した保護を否認される結果を招いたのである。内務省は、2016年6月の時点で、幾つかの州において EIF の法理を適用する州裁判所判例を確認しているが、その他の州裁判所は、当該法理を否認しているとしているところ、インディアン児童、その両親及び部族が彼らに付与された連邦の保護を受け取るか否かは、合衆国議会が命じるように、全米を通して統一的でなければならない (must) とする。すなわち、BIA は、かかるタイプの州レベルでの制定法解釈の衝突は、恣意的結果へと導き、制定法が保護することを意図した権利を脅威にさらし得るとする。従って、例えば、合衆国最高裁判所は、*Holyfield* 判決 (490 U.S. 30, 48-50 (1989)) で、ICWA にいう「住所」という用語は、当事者又は州行政機関が児童を単に州境を越えて移送することによって ICWA の適用を避けることができるが故に、統一的な連邦の意味を持たなければならないとした (*Id.* at 46) と述べている¹⁸⁵⁾（決定規則が EIF の法理をいかに処理しているかの詳細については、第九章第五節参照。）。

BIA が¹⁸⁶⁾、ICWA の統一的適用が不可欠であるとして挙げる他の事項が、第1915条第 a 項にいう「十分な理由」と第1912条にいう「積極的努力」(ac-

(last visited Dec. 10, 2018). *cited in* 81 Fed. Reg. 38,778, 38,782 (Jun. 14, 2016).

¹⁸²⁾ See 81 Fed. Reg. 38,778, 38,782 (Jun. 14, 2016)

¹⁸³⁾ See, e.g., *Thompson v. Fairfax Cty. Dep't of Family Servs.*, 747 S.E.2d 838 (Va. Ct. App. 2013) (collecting cases); *In re Alexandria P.*, 176 Cal. Rptr. 3d 468 (Cal. Ct. App. 2014).

¹⁸⁴⁾ 643 F.2d 168 (Kan. 1982).

¹⁸⁵⁾ 81 Fed. Reg. 38,778, 38,782 (Jun. 14, 2016).

¹⁸⁶⁾ See, e.g., *In re A.J.S.*, 204 P.3d 543 (Kan. 2009); *In re Adoption of F.H.*, 851 P.2d 1361 (Alaska 1993); *In re Adoption of M.*, 832 P.2d 518 (Wash. 1992).

tive effort) 規定である。BIA は、州裁判所は十分な理由が何をもって構成されるかについて、その決定を行うに際して様々な異なった要因に重きを置くことによって、ICWA が定めるインディアン児童の移動の優先権から逃れていると主張し、また、州裁判所は、家族との交渉を維持するための十分なる積極的努力についていかように立証するかに関して一致していないと主張し、これらの不一致の結果が、合衆国議会が ICWA の制定によって達成しようとした多くの問題解決を今日まで引きずらせているとする。¹⁸⁸⁾

ところで、「アメリカ合衆国国勢調査局」(United States Census Bureau) が2012年10月25日に公表した「アメリカ・インディアン及びアラスカ先住民月間: 2012年11月」¹⁸⁹⁾(American Indian and Alaska Native Heritage Month: November 2012) によれば、アメリカ・インディアンの約78パーセントが、インディアン・カントリー (Indian Country) の外に居住しているという。多くの部族市民 (Tribal citizen) が保留地の外に居住しているという現実、保留地の外に居住するインディアンは、彼ら自身を部族及びその文化から距離を置くという意識的な選択を行い、ICWA の保護を必要としていないのではないかという疑問が残るところである。しかし、BIA は、この疑問に以下のように答え、インディアン・カントリーの外に居住している部族市民の ICWA による保護が必要であるとしている。すなわち、第一に多くのインディアンが保留地の外に居住するという事実は、1つには過去のインディアンを非インディアンに同化させようとした連邦の政策の結果である (1887年の「インディアン一般土地割当法」(the Indian General Allotment Act), 1950年代の「管理終結時代」(termination era) 及び1956年の「移転法」(the Relocatin Act) を見よ。)。インディア

187) See, e.g., *State ex rel. C.D. v. State*, 200 P.3d 194, 205 (Utah Ct. App. 2008).

188) 81 Fed. Reg. 38,778, 38,782 (Jun. 14, 2016).

189) United States Census Bureau, Fact for Features: American Indian and Alaska Native Heritage Month: November 2012 (Oct. 25, 2012), available at https://www.census.gov/newsroom/releases/archives/factsfor_features_special_editions/cb12-ff22.html (last visited Dec. 9, 2018), cited in 81 Fed. Reg. 38,778, 38,782 (Jun. 14, 2016).

ンが保留地に居住しないという事実は、彼又は彼女の部族との断絶の証拠とはならない。事実、部族の40パーセント以上が保留地の土地を持たないが故に、多くの部族市民は、保留地に居住するという選択肢を持たないのである。第二に部族市民の地理的位置に拘わらず、部族の市民権（部族の構成員たる資格）は、自発的なものであって、通常、加入者又は彼又は彼女の親による積極的行為を要求している。そして、部族法（Tribal law）は、一般に、子どものために未成年者の親又は法律上の後見人が部族の市民権を申請する手続を定めているところである。¹⁹⁰⁾

3 内容

決定規則は、既存の規則に定められた定義及び通知に関する諸規定を更新し、州裁判所による ICWA 履行に関して規定している「連邦行政命令集」(Code of Federal Regulations) 第25編第23章（インディアン児童福祉法）に第I節「インディアン児童福祉法手続」（第23.101条ないし第23.144条）を追加規定したものであるところ、その内容については、以下、適宜触れる。

II 2016年ガイドライン

2016年12月30日、内務省 BIA は、2015年ガイドラインと ICWA 手続（決定規則）との不一致に照らして、ICWA 手続と同時に実施される「ICWA 履行のためのガイドライン」¹⁹¹⁾ (Guideline for Implementing the Indian Child Welfare Act)（以下、「2016年ガイドライン」という。）をフェデラル・レジスタ第81巻第251号に公表した。BIA は、2016年ガイドラインは、ICWA 及び内務省規則の理解並びに統一的適用についての児童監護手続に関わるガイドラインを支援するものであるとし、<http://bia.gov/WhoWeAre/BIA/OIS/HumanServices/IndianChildWelfareAct/index.htm> にアクセスし、内容を閲覧するよ

¹⁹⁰⁾ 81 Fed. Reg. 38,778, 38,782-38,783 (Jun. 14, 2016).

¹⁹¹⁾ 81 Fed. Reg. 96,476 (Dec. 30, 2016), available at <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/FR-2016-12-30/2016-31726> (last visited Dec. 11, 2018).

う指示している。

BIA は、2016年ガイドラインは、拘束力あるものではないが、児童監護手続に関係する全ての当事者にレファレンスと情報を提供し、ICWA と規則を説明し、法律の履行のために最善の実践の例を示すものであるとし、そして、1979年ガイドライン及び2015年ガイドラインは差し替えられるとして¹⁹²⁾いる。

第五節 ICWA 適用の前提要件

I 概説

ICWA が適用されるためには、その前提として2つの要件が満たされなければならない。すなわち、第一にICWA の適用に関わる児童は、「インディアン児童」でなければならない、第二にインディアン児童は、「児童の監護手続」に関わっていなければならないという要件である。以下、分説する。

II インディアン児童

I 定義

合衆国法律集第25編第1903条第4号¹⁹³⁾は、インディアン児童とは「18歳未満の未婚の者であって、(a) インディアン部族の構成員である者、又は (b) インディアン部族の構成員の資格がある者で、及びインディアン部族の構成員の生物学上の児童である者のいずれかをいう。」と規定している。ここにいう「インディアン部族」とは、同条第8号¹⁹⁴⁾で「インディアンとしての地位の故に、内務長官によってインディアンに提供される役務を受け取る資格があ

¹⁹²⁾ *Id.* at 96,476-96,477. *See also* U.S. DEPT. OF THE INTERIOR, BUREAU OF INDIAN AFFAIRS, GUIDELINES FOR IMPLEMENTING THE INDIAN CHILD WELFARE ACT 4 (2016) (hereinafter 2016 GUIDELINES), available at [https://www.bia.gov/sites/bia.gov/files/assets/bia/ois/pdf/idc 2 -056831.pdf](https://www.bia.gov/sites/bia.gov/files/assets/bia/ois/pdf/idc%20-%2056831.pdf) (last visited Dec. 11, 2018).

¹⁹³⁾ 25 U.S.C. § 1903(4).

¹⁹⁴⁾ 25 U.S.C. § 1903(8).

るものとして承認されたインディアンの部族、バンド、ネーション又はインディアンのその他の組織化された団体若しくはコミュニティをいい、合衆国法律集第43編第1602条第c項に規定されるアラスカ先住民村落を含む。」と規定されている。

2 解説

(1) ICWA にいうインディアン児童であるためには、合衆国法律集第25編第1903条第8号の規定からして、連邦によって承認された部族 (federally recognized tribe) の構成員であることが条件とされる。ノースダコタ州最高裁判所は、*In re Adoption of C.D.* で、¹⁹⁵⁾ 少なくとも一方の当事者が部族構成員であることを条件とする ICWA の要請は、インディアン立法に関する合衆国議会の権限の結果である。インディアン問題に関する合衆国議会の権限は、部族としてのインディアン (tribal Indian) にのみ及び、「人種的優先」 (racial preference) というより「政治的優先」 (political preference) を作り出したものである。かかる優先は、インディアンに別個の人種の団体として認められたものではなく、準主権的な部族統一体 (quasi-sovereign tribal entity) の構成員として認められたものである (*Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495, 519-20 (2000); *United States v. Antelope*, 430 U.S. 641, 645 (1977); *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 553 n.24, 554 (1974).)。ICWA の下でのインディアンと非インディアンとの別異処遇は、¹⁹⁶⁾ 両親と子どもの政治的地位及び部族の準主権的地位に基づくものであると述べている。従って、児童が、連邦によって承認されていない部族に政治的に参加していたとしても、当該児童に ICWA は適用されないと解される。

(2) 連邦行政命令集第25編第23.108条第a項は、¹⁹⁷⁾ 児童が部族の構成員であること又は部族の構成員の資格があることを確信するインディアン部族

¹⁹⁵⁾ 751 N.W.2d 236 (N.D. 2008).

¹⁹⁶⁾ *Id.* at 244.

¹⁹⁷⁾ 25 C.F.R. § 23.108(a) (2018).

が、児童が部族の構成員であるか否か、又は部族の構成員の資格があるか否かを決定する旨を規定している。しかし、このことは、インディアン部族が ICWA の定義を満たさない児童を取り込むよう拡大解釈することを認めるものではない。なお、同条項後段は、州裁判所は部族による部族構成員に関する決定を代替してはならないと規定している。

(3) 合衆国法律集第25編第1903条第5号¹⁹⁸⁾は、「インディアン児童が所属する部族」について、「(a) インディアン児童が構成員であり、又は構成員たる資格があるインディアン部族、又は (b) 2つ以上の部族の構成員であり、又は構成員たる資格があるインディアン児童の場合、インディアン児童がより重要な接触を有している部族をいう。」と規定しているところ、ICWA は、インディアン児童が2つ以上の部族の構成員であり、又はその資格があり得ることを想定している。従って、州裁判所は、争点となるインディアン児童が複数の部族に所属している場合、又はその資格がある場合、いずれの部族と「より重要な接触 (交渉)」を行っているかを決定しなければならない。詳細については、連邦行政命令集第25編第23.109条及び2016年ガイドライン¹⁹⁹⁾参照。

3 ICWA 第1912条第 a 項

(1) インディアン児童であることの確認作業に関し、ICWA は、事実審理前手続として、第1912条第 a 項に以下の規定を置き、強制的児童監護手続において児童の親又はインディアンの監護権者及び児童の属する部族は、州裁判所がインディアン児童が関わることを知っている場合又は知るべき理由 (reason to know) がある場合、訴訟手続について通知される権利を有することを確認している。

¹⁹⁸⁾ 25 U.S.C. § 1903(5).

¹⁹⁹⁾ 25 C.F.R. § 23.108(a) (2018); 2016 GUIDELINES, *supra* note 192, B.5, at 18-19.

第1912条（係争中の訴訟手続）**(a)（通知：手続の開始時期：準備のための追加の期間）**

州裁判所における強制手続において、当該裁判所が、インディアン児童が関わることを知っている場合又は知るべき理由がある場合、インディアン児童を里子として預けること又は当該児童の親権の終結を求める当事者は、親又はインディアンの監護権者及びインディアン児童が所属する部族に要請された書留郵便物受領通知付きの書留郵便で、係属中の裁判手続及び訴訟参加の権利について通知しなければならない。親又はインディアンの監護権者及び部族の身元又は場所が決定され得ない場合、当該通知は、同様の方法で長官に付与されなければならない。長官は、親又はインディアンの監護権者及び部族に必要な通知を提供するために、受領後15日間の期間を有する。里子として預けること又は親権の終結の手続は、親又はインディアンの監護権者及び部族又は〔内務〕長官による通知受領後遅くとも10日後まで執ってはならない。ただし、親又はインディアンの監護権者又は部族は、請求に基づいて当該手続の準備のため20日間の追加の期間を認められるものとする。

(2) ICWA の上記規定を受け、2016年の決定規則に以下の規定——連邦行政命令集第25編第23.107条²⁰⁰⁾——が置かれている。

第23.107条（州裁判所は、児童がインディアン児童であると知るべき理由が存在する場合をいかように決定すべきか）

(a) 州裁判所は、各々の参加者に、緊急の（emergency）又は自発的な又は強制的な児童監護手続において、当該参加者が、児童がインディアン児童であることを知っているか否か、又は知るべき理由があるか否かを尋ねなければならない。審問は、訴訟手続の開始時に行われ、及び全ての応答は公表されるものとする。州裁判所は、訴訟当事者が、それ以降、児童がインディアン児童であることを知るべき理由があることを提示する情報を受理した場合、当該裁判所に情報提供するよう指示しなければならない。

(b) 児童がインディアン児童であると知るべき理由が存在するが、裁判所

200) 25 C.F.R. § 23.107, 81 Fed. Reg. 38,778, 38,869 (June 14, 2016).

が、児童が「インディアン児童」である、又はインディアン児童ではないと決定するに十分な証拠を有しない場合、裁判所は、以下の各号に定める手続に従わなければならない。

- (1) 児童が実際に構成員である（又は生物学上の親が構成員であり、及び児童が構成員たる資格がある）か否かを実証するために、行政機関又はその他の当事者が確認のために相当の注意を払った記録に含まれる報告書、無宣誓証言又は証言によって確認し、及び児童が構成員である（又は構成員たる資格がある）ことを知り得る全ての部族と連携する。
- (2) 児童が、本項〔連邦行政命令集第25編第1章第D節第23項・インディアン児童福祉法〕にいう「インディアン児童」の定義を満たさないことが記録に基づいて決定されない限り、及び決定されるまで、当該児童は、インディアン児童として扱われる。
- (c) 裁判所は、本条第a項において要請される調査に基づいて、以下の各号に定める事項が確認された場合、緊急の又は児童監護の手続に関わる児童がインディアン児童であることを知るべき理由があったものとする。
 - (1) 訴訟手続への全ての参加者、訴訟手続に関わる裁判所職員、インディアン部族、インディアン組織又は行政機関が、裁判所に児童がインディアン児童であることを伝えた場合。
 - (2) 訴訟手続への全ての参加者、訴訟手続に関わる裁判所職員、インディアン部族、インディアン組織又は行政機関が、裁判所に児童がインディアン児童であることを示唆する情報を発見したと伝えた場合。
 - (3) 訴訟手続の主体である児童が、裁判所に彼又は彼女がインディアン児童であることを知るべき理由を提供した場合。
 - (4) 裁判所が、児童、児童の親又は児童のインディアンの監護権者の住所又は居所が、保留地又はアラスカ先住民村落にあるという情報を提供された場合。
 - (5) 裁判所が、児童が部族裁判所の被後見人であること、又はあったことの情報を提供された場合。
 - (6) 裁判所が、親又は児童のいずれかがインディアン部族の構成員であることを示唆する身分証明書を有するとの情報を提供された場合。
- (d) 裁判所は、同意する親が書面による請求又は訴訟記録の中での陳述によって匿名希望を証明した場合の自発的訴訟手続における児童の地位の確認

追及においては、本条に基づいて要請される調査に関連する書類を機密にし、及び封印しておかなければならない。匿名の要請は、裁判所、行政機関又はその他の当事者から、児童が「インディアン児童」であるか否かを確認する義務を含む ICWA 遵守の義務を免除するものではない。この調査に関連する情報を受け取る部族は、書類及び情報の機密を保持しなければならない。

Ⅲ 児童監護手続

1 合衆国法律集第25編第1903条第1号

ICWA の規定を見るに、児童監護手続²⁰¹⁾には、インディアン児童と彼又は彼女の両親ないしインディアンの監護権者との監護関係に潜在的に影響を与える4つのタイプの手続が含まれている。

第1903条 (定義)

本章〔第21章——インディアン児童福祉〕の目的にとって次の各号に掲げる用語の意義は、他に特別の定めがない限り、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (1) 「児童の監護手続」とは、以下に定めるものを意味し、及び含む。
 - (i) 親又はインディアンの監護権者が、請求に基づいて児童を復帰させることができていないが、親権が終結させられていなかった場合に、インディアン児童をその親又はインディアンの監護権者から一時的な保護監護権の移動のために、里子を預かる家庭又は施設又は保護者又は後見人の家庭に移動する全ての行為を意味する「里子として預けること」
 - (ii) 親子関係の終結という結果に至る全ての行為を意味する「親権の終結」
 - (iii) 親権の終結後であるが、養子縁組による保護監護権の移動前の又

201) 第1903条第6号「『インディアンの監護権者』とは、部族の法、慣習又は州法に基づいてインディアン児童の法的監護権を有するインディアン、又はインディアン児童の親によって一時的な身体介護、監護及び監督が引き渡されたインディアンをいう。」。

はその代わりにインディアン児童の里親家庭又は施設への一時的保護
監護権の移動を意味する「養子縁組前の保護監護権の移動」

- (iv) 養子縁組の終局判決という結果に至る行為を含む、養子縁組のため
のインディアン児童の永続的保護監護権の移動を意味する「養子縁
組による保護監護権の移動」

当該用語又は諸用語には、成人によって実行された場合に犯罪と看做さ
れる行為、又は離婚手続における両親の一方への監護権の仲裁裁定に基づ
く保護監護権の移動は含まれない。

2 連邦行政命令集第25編第23.2条

²⁰²⁾

連邦行政命令集第25編第23.2条には、児童監護手続に関して以下の規定が
置かれている（一部手を加えた。）。

第23.2条（定義）

.....

児童監護手続

- (1) 「児童監護手続」とは、以下に定める結果の1つに至る緊急手続
(emergency proceeding) 以外の全ての行為を意味し、及び含む。
- (i) 里子として預けること（略）
 - (ii) 親権の終結（略）
 - (iii) 養子縁組前の保護監護権の移動（略）
 - (iv) 養子縁組による保護監護権の移動（略）
- (2) これら4つの結果の1つに至る行為は、これら4つの結果の異なった
1つに至る行為とは別個の児童監護手続と看做される。所与のインディ
アン児童に関わる幾つかの児童監護手続が、存在し得る。各々の児童監
護手続の内に、幾つかの審理が存在し得る。児童が、不良行為 (status
offense) の結果として里子として預けること、又はその他の家庭外への
移動に付された場合、不良行為手続は、児童監護手続と看做される。

202) 25 C.F.R. § 23.2, 81 Fed. Reg. 38,778, 38,865 (June 14, 2016). 本条は、1994年6月
13日にフェデラル・レジスタに掲載され (59 Fed. Reg. 2,256 (June 13, 1994).), 2016
年6月14日に決定規則の一部として改正された。

.....

強制手続

強制手続とは、親が彼又は彼女の自由意思に基づいて里子として預けること、養子縁組前の保護監護権の移動、養子縁組による保護監護権の移動又は親権の終結に同意しておらず、又は親が州の裁判所若しくは行政機関による児童の移動の脅威の下で里子として預けること、養子縁組前の保護監護権の移動又は養子縁組による保護監護権の移動に同意する児童監護手続をいう。

.....

自発的手続

自発的手続とは、親、両親又はインディアンの監護権者のいずれかが、彼又は彼女の自由意思に基づいて、州の裁判所若しくは行政機関による児童の移動の脅威無くして、インディアン児童のために同意した里子として預けること、養子縁組前の保護監護権の移動又は養子縁組による保護監護権の移動といった児童監護手続、又は親権の自発的終結をいう。

3 解説

ICWA は、①里子として預けること、②親権の終結、③養子縁組前の保護監護権の移動、及び④養子縁組による保護監護権の移動という同法に規定された特定の児童監護手続にのみ適用される。これらの手続は、里子養育制度及び養子縁組に焦点を当てているところ、児童監護手続の定義を構成する用語には、親の監護権が州法の下で自発的手続又は強制手続を通して影響され得る一般に使用されている方法が含まれている。親又はインディアンの監護権者は、里子として預けることにおいて請求に基づいて児童を取り戻すことはできないが、親の権利は終結させられていない。親権の終結は、親子関係を終結させるものであり、養子縁組のための入り口の手続と看做される。ICWA は、養子縁組による保護監護権の移動前の、又はその代わりに親権終結後にインディアン児童が里親家庭又は施設へ一時的に移動させられる養子縁組前の保護監護権の移動について規定している。そして ICWA は、養

子縁組の終局判決という結果に至る行為を含む養子縁組によるインディアン児童の永続的保護監護権の移動という養子縁組による保護監護権の移動を規定し、サイクルを完成させている。親の行為が、「自発的」手続を「強制」手続に——逆もまた同様——変質させ得るかが決定されなければならない（例えば、合衆国法律集第25編第1913条第a項が、具体的事例に適用され得るか否かの決定に際して問題となる。）。この点に関して決定規則は、上に見たように、親の同意が州裁判所又は州行政機関による児童の移動の脅威の下で得られた場合、手続は真に「自発的」とはいえないとしている。

合衆国法律集第25編第1903条は、児童監護手続には「当該用語又は諸用語には、成人によって犯された場合に犯罪と看做される行為又は離婚手続における両親の一方への監護権の仲裁裁定に基づく保護監護権の移動は含まれない。」と明確に規定している。

第四章 合衆国憲法と ICWA

第一節 ICWA 制定の法的根拠

合衆国議会第95議会第2会期の下院議事録第95-1386号は、ICWA 制定の法的根拠を合衆国憲法第6条第2節の「最高法規条項」(Supreme Clause)及び合衆国憲法第1条第8節第3項の「インディアン通商条項」(Indian Commerce Clause²⁰³)に求めている。以下、分説する。

I 合衆国憲法第6条第2節——最高法規条項——

合衆国憲法第6条第2節は、「この憲法、この憲法に従って制定される合衆国の法律及び合衆国の権限に基づいて既に締結され、又は将来締結される全ての条約は、国の最高法規であって、全ての州の裁判官は、各州の憲法又

203) H.R. Rep. No. 95-1386, at 12-19 (1978).

は法律に、これに反する定めがある場合にも、これに拘束される。²⁰⁴⁾」と規定している。

合衆国最高裁判所は、合衆国の憲法、法律及び条約は州の憲法及び法律と同様に全ての州法の一部であり、合衆国議会が憲法によって授権された権限に従って立法した場合、当該立法と衝突する州法及び州の政策は譲歩されなければならないとし、州裁判所は、連邦法律に基づく義務を執行する権限と義務があると解してきている。²⁰⁵⁾

II 合衆国憲法第1条第8節第3項——インディアン通商条項——

合衆国議会の権限を定める合衆国憲法第1条第8節は、第3項で「外国との通商、州際通商及びインディアン部族との通商を規制すること。」と規定している。

初期の判例を見る。合衆国最高裁判所は、1832年の *Worcester* 判決で、合衆国憲法は「合衆国議会に戦争及び平和、条約締結、外国との通商、州際通商 (Interstate Commerce) 及びインディアン部族との通商の権限を付与している。これらの権限は、合衆国とインディアンとの通商規制に要求される全ての権限を含む。合衆国議会は、自由な行動へのいかなる制約によっても制限されない。」と述べている。²⁰⁶⁾ また合衆国最高裁判所は、1886年の *United States v. Kagama* (以下、「*Kagama* 判決」という。) では、インディアン部族は合衆国の被保護者である。彼ら部族は、合衆国に従属するコミュニティであって、毎日の食物のために大部分が従属し、政治的権利のために従属して

204) 合衆国憲法の訳は、高橋和之編『[新版] 世界憲法集』(2007年)による。

205) *Perez v. Campbell*, 402 U.S. 637 (1971); *Lee v. Florida*, 392 U.S. 378 (1968); *Nash v. Florida Industrial Comm.*, 389 U.S. 235 (1967); *Testa v. Katt*, 330 U.S. 386 (1947); *Hill v. Florida ex rel. Watson*, 325 U.S. 538 (1945); *GiBons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat) 1 (1824); *Second Employers' Liability Cases*, 223 U.S. 1 (1912); *Clafin v. Houseman*, 93 U.S. 130 (1876).

206) 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

207) *Id.* at 559. 本判決の詳細について、拙著・前掲註15, 136頁～147頁参照。

208) 118 U.S. 375 (1886).

いる。彼らは、州に対して忠誠の義務を負ってはならず、及び州からいかなる保護も受けていない。連邦政府が、部族を処理する過程に負うところの彼ら部族の脆弱さと無力さ、及び処理が約束される条約から、そこに保護の義務が生じ、連邦政府がその権限を有している。このことは、常に連邦行政府、合衆国議会及び合衆国最高裁判所によって認められてきたところであると述べている。さらに合衆国最高裁判所は、1866年の *United States v. Holliday* ²¹⁰⁾ で、外国との通商とは、合衆国の市民と個人としての外国政府の市民又は臣民との間の通商を意味する。そして、インディアン部族との通商とは、これら部族を構成する個々人との通商を意味すると判示している。²¹¹⁾

近年の判例を見る。合衆国最高裁判所は、合衆国憲法修正第5条にいう「二重の危険」(double jeopardy)の防止は同一の行為について部族裁判所における訴追に続いて連邦が訴追することを禁止するものではないとする判決を下した1978年の *United States v. Wheeler* (以下、「*Wheeler* 判決」という。)において、「合衆国議会が、政府形態を含む全ての事項に関して、インディアン部族のために規制する無条件の権限 (plenary authority) [無条件の権限の法理] を有することは、争いのない事実である……」²¹²⁾と述べている。²¹³⁾

また合衆国最高裁判所は、1885年3月3日に制定された「インディアン重大犯罪法」(the Indian Major Crimes Act) (合衆国法律集第18編第1153条)は、インディアンの犯罪についての連邦の訴追について適切な根拠を規定するものであり、州は同一の犯罪について被告人を訴追する権限を行使できないとした1978年の *United States v. John* (以下、「*John* 判決」という。)で、以下のように²¹⁴⁾

209) *Id.* at 383-84. 本判決の詳細について、拙著・前掲註15, 316頁～323頁参照。

210) 70 U.S. (3 Wall.) 737 (1866).

211) *Id.* at 417. 本判決について、拙著註36, 27頁～28頁参照。

212) 435 U.S. 313 (1978).

213) *Id.* at 319. 本判決の詳細について、拙著・前掲註36, 476頁～482頁参照。

214) Indian Department Appropriations Seven Crimes Act of Mar. 3. 1885, ch. 341, § 9, 23 Stat. 362 (codified as amended at 18 U.S.C. § 1153). 本法の詳細について、拙著・前掲註15, 315頁～316頁参照。

215) 437 U.S. 634 (1978). 本判決の詳細について、拙著・前掲註36, 57頁～60頁参照。

判示している——本件における犯罪は、チョクトー・インディアン (Choctaw Indian) の被告人がミシシッピー州の連邦政府によって信託保有されているチョクトー族保留地 (Mississippi Choctaw Reservation) において殺害の意図をもって行った暴行である——。すなわち、ミシシッピー州は、1930年以来ミシシッピー州に居住してきたチョクトー族 (Choctaw) は、同州の政治的及び文化的生活に完全に同化され、連邦政府はずっと以前にこれらインディアンに対するその監督権を放棄したと主張する。この放棄及びミシシッピー州内の部族組織の連邦による承認の長期の失効の故に、合衆国憲法のインディアン通商条項によって合衆国議会に付与された権限は、連邦管轄権の根拠を提供し得ない。ミシシッピー州内のチョクトー族を特別の連邦の権限が行使され得るインディアンとして承認することは、変則的であって、恣意的である。当裁判所は、議論の目的にとってチョクトー族及び彼らの土地に対するミシシッピー州の管轄権が問題にされなくなった時もあると考える。しかし、特にミシシッピー州のチョクトー族と合衆国との間の関係に関する歴史に照らして、当裁判所は、合衆国議会及び連邦行政政府がその他のインディアンのグループの事項について処理する権限よりも、ミシシッピー州のチョクトー族の事項について処理する権限がより過小なものすることに同意するものではない。ミシシッピー州のチョクトー族が、遥か昔にミシシッピー州から移動したインディアン大集団の単なる残存者であるという事実も、また彼らに対する連邦の監督が継続してきたという事実も、彼らを処理する連邦の権限を崩壊するものではない。²¹⁶⁾ 1950年代初頭、連邦のインディアン政策が同化を強調したとき、綿密な調査が当時連邦によって承認されていた部族に関して、彼らの経済状況、そして彼らの社会状況全てにわたって行われた。これらの成果が、一般法律第280号へと結実して行ったのである。本件チョクトー族のミシシッピー州のバンドは、BIA が継続的監督を推奨したインディアンに属するところである。²¹⁷⁾

216) *Id.* at 652-53.

217) *Id.* at 653 n.24. 本判決の詳細について、拙著・前掲註36, 57頁～60頁参照。

このように *John* 判決の判決理由は、インディアンの両親と彼らの部族との社会的、政治的ないし文化的紐帯の欠如は、ICWA の適用可能性を破るものではないことを示唆するものと言える。²¹⁸⁾ さらに、合衆国最高裁判所は、合衆国議会がインディアン通商条項に基づいて立法した法律をもって、訴訟に同意していない州に対して連邦の裁判所に提訴された訴訟に関する州の「主権免除」(sovereign immunity) を廃棄することはできないとした1996年の *Seminole Tribe v. Florida* で、²¹⁹⁾ 以下のように述べている。すなわち、「インディアン通商条項は、州際通商条項 (Interstate Commerce Clause) よりも、より大きな権限を州から連邦政府に移行している。このことは、州は、いまだ州際通商に対して一定の権限を行使しているが、インディアン通商及びインディアン部族に対する全ての権限を実質的に奪われてきたことを意味する²²⁰⁾」。(See *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 109 (1989).)。²²¹⁾

第二節 ICWA 合憲説

I 概説

州及び連邦の裁判所は、ICWA が合衆国憲法に違反すると主張される3つの形態——連邦主義 (federalism)、平等保護 (equal protection) 及び子どもの法の適正手続の権利 (due process rights of children) の侵害——の訴訟を審理してきている。²²¹⁾ ICWA は、保留地の外で生活するインディアンの子どもたちに大きな影響を与え、伝統的に州の管轄権内にあるとされてきた事項、すなわち、児童の福祉及び監護権の領域に連邦法の介入を認めるものであるが故に、非インディアンは、ICWA は合衆国憲法の規定及びその構造によって保護される州の自治権を不当に侵害すると主張し、訴訟を提起してきて

218) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *supra* note 145, § 11.06[2], at 863.

219) 517 U.S. 44 (1996). 本判決の詳細について、拙著・前掲註36, 567頁～570頁参照。

220) 517 U.S. at 62.

221) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *supra* note 145, § 11.06, at 861.

いる。かかる主張は、しばしば「この〔合衆国〕憲法により合衆国に委任されず、又は州が行使することを禁じられていない権限は、各州又は人民に保留される。」と規定する合衆国憲法修正第10条——「州権収奪制限条項」(Anti-commandeering Clause)——を根拠にして行われている。この論点については、ICWAの制定過程においても取り上げられているが、1978年の下院議事録第95-1386号は、ICWAが合衆国議会の無条件の権限の適切な行使を構成する限りにおいて、合衆国憲法第6条第2節にいう最高法規条項は、矛盾する州の政策は放棄されるべきであることを要求するとする解釈を採っている。²²²⁾すなわち、合衆国議会は、同議会がインディアン問題に対するその憲法上の権限を行使することを禁止する根拠を修正第10条に見出すことはできないとしているのである。かかる立場に立てば、残された問題は、憲法上の権限がICWAの主題を包摂するか否かにあるということになる。²²³⁾以下、州裁判所における判例の展開を見る。²²⁴⁾

II 州裁判所における判例の展開

1 *In re Guardianship of D. L. L.*

始めに、サウスダコタ州最高裁判所の判決である *In re Guardianship of D. L. L.* に言及する。²²⁵⁾

(1) 本件被告(被上訴人) R.L. と K.L. (D.L.L. と C.L.L. の両親) は、ロウアー・ブルレ・スー・インディアン保留地 (Lower Brule Sioux Indian Reservation) の居住者であり、5人の子どもがいる。家族の各々の構成員は、ロウアー・ブルレ・スー族 (Lower Brule Sioux Tribe) (以下、「本件部族」という。) の構成員である。本件原告(上訴人) は、サウスダコタ州プレシヨ (Presho) に里子を預かる家庭の団体である「シャールムの家」(House of Shalom) を運営してい

²²²⁾ H.R. Rep. No. 95-1386, at 15 (1978).

²²³⁾ COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *supra* note 145, § 11.06, at 861.

²²⁴⁾ See generally Monsivais, *supra* note 40, at 21-27; Michael C. Snyder, *An Overview of the Indian Child Welfare Act*, 7 ST. THOMAS L. REV. 815, 817-20 (1995).

²²⁵⁾ 291 N.W.2d 278 (S.D. 1980).

る。1976年晩夏、本件の被告である父親は、足の傷が原因で脚の切断手術が必要であると通告された。非公式の協議の結果、上の2人の子どもD.L.L.とC.L.L.は、1976年から翌1977年の学年度の間、シャーロムの家で生活することになった。1976年11月26日、本件部族裁判所は、上4人の子どもについて、上記学年度の間シャーロムの家に一時的監護権を認める命令を発出した。本件原告と本件被告である両親との間に合意が成立し、本件父親は、合意文書に署名した。本件母親は、その時期、自身の長期入院加療を希望していた。原告は、裁判所に子どもたちの支援のためにBIA基金の取得を容易にするよう望んでいる。裁判所命令の手続が終了した時、本件父親は、入院中で、本件母親は一時的にカリフォルニア州にいた。原告は、1977年6月27日、他の一時的監護命令を取得した。しかし、下の2人の子どもは、裁判所の命令によることなくロウアー・ブルレにある家に戻った。本件父親は、夏の終わりに戻ってきた。1977年9月29日、両親は、下の2人の子どもの一時的監護権の移動を終結させ、彼らを両親の監護の下に復帰させる解除命令を取得した。部族裁判所は、この解除命令の中で両親と上の2人の子どもであるD.L.L.とC.L.L.との間の週末訪問を認めている。この訪問の間に飲酒に関連して起きた幾つかのトラブルの後、原告は、訪問を制限する部族裁判所の命令を取得した。

1979年3月9日、原告は、部族裁判所にD.L.L.が妊娠していることを通告した。原告は、妊娠は強姦の結果——犯人は特定できていない——であり、強姦は、1978年の7月の休暇の第4回目のロウアー・ブルレ訪問時に起きたものであると主張している。両親は、子どもの誕生日を根拠に、強姦は7月の訪問の間に起こったと主張している。1979年3月16日、部族裁判所は、次の週末の訪問を認める命令を発出したが、原告は、この命令に従わなかった。3月22日、部族裁判所は、子どもたちが彼らの両親の家で住むためにロウアー・ブルレ戻るよう命じた。原告は、この命令にも従わず、後見人訴訟を開始した。原告は、ICWAは憲法に違反して管轄権をサウスダコタ州から合衆国に引き渡したものであると主張したが、第一審サウスダコタ州

第六司法区巡回裁判所は、判例法及び ICWA に基づいて原告の主張を破棄した。原告が、サウスダコタ州最高裁判所に上訴した。²²⁶⁾

1980年4月9日、サウスダコタ州最高裁判所は、① ICWA は、修正第10条のみならず、サウスダコタ州憲法にも違反するものではない。②州裁判所へのアクセス権の否認は、修正第5条に違反する不当な「人種差別」(racial discrimination)に基づくものではない。③救済のための適切な法廷は、部族裁判所であるとする判決を下している。以下、判決要旨である。

(2) 上訴人は、ICWA はサウスダコタ州の管轄権を合衆国憲法に反して合衆国に引き渡すものであると主張する。Barber v. Barber (62 U.S. (21 How.) 582 (1859)) を嚆矢とする合衆国最高裁判所の諸判決は、州は家族関係の事件に専属的権限を有するとする判決を下してきたが、合衆国議会は、合衆国憲法第1条第8節に基づいてインディアン部族及びその構成員に対する立法意思を行使することが適切であると考えてきたのである。同条項は、何度もインディアン問題に対する連邦の権限の根拠として使用されてきた (MacClanahan v. Arizona Tax Commission, 411 U.S. 164 (1973))。インディアンに関して立法を行う合衆国議会の無条件の権限は、深く根付いた権限であり、当該立法は、立法権が恣意的に行使されたものでない限り、修正第10条を侵害するものではない。合衆国は、合衆国憲法の下で部族のインディアンを統治する無条件の権限を有するところ、この権限は、サウスダコタ州による譲渡に由来するものではないのであり、サウスダコタ州憲法第22条は、インディアンが保留地の外にいる場合は管轄権を州に保留しているとする上訴人の主張は、正当とは言えない。問題は、州が自身の法を制定し、その法によって統治されるという保留地のインディアンの権利を侵害するか否かにある (Williams 判決 (358 U.S. 217 (1959)); Utah & Northern R. Co. v. Fisher, 116 U.S. 28 (1885))。

上訴人は、本件児童 D.L.L. と C.L.L. は、平等保護及び法の適正手続の権

226) *Id.* at 278-80.

利を侵害されると主張する。その主張は、州裁判所へのアクセスの否認が不当な人種差別に当たるというにあるが²²⁷⁾、その主張もまた、正当とは言えない。州裁判所へのアクセスの否認は、単に両親及び子どもの政治的地位 (political status) 及び部族の準主権国家 (quasi-sovereign) としての性格に基づくものである (Fisher v. District Court, 424 U.S. 382 (1976).)。²²⁷⁾

2 *In re Armell*

第二に、イリノイ州控訴裁判所の1990年判決 *In re Armell* ²²⁸⁾ を見る。

(1) 1985年4月15日、エリナー・アーメル (Eleanor Armell) (1981年11月5日生まれで、事件当時の年齢は、2歳6ヶ月であった。) は、シカゴのアップタウン (Uptown) の裏通りで発見された。エリナーの住所不定の母親ミッチェル・パウレス (Michelle Powless) は、しばらく後まで居場所がわからなかった。「イリノイ州児童・家族福祉省」 (Illinois Department of Children and Family Services) (以下、「DCFS」という。) の部局である「児童保護福祉局」 (Division of Child Protective Services) が²²⁸⁾、調査を開始した。調査の結果、エリナーは、ウィネベゴ族 (Winnebago) に所属し、父親は既に死亡していることが明らかとなった。ICWAの規定に従ってウィネベゴ族は、通知を受けて本件に係わるようになった。1985年4月17日、少年裁判所における聴聞の後、エリナーの一時的監護権がDCFSに与えられ、その後エリナーの母親の大叔母に移動された。1985年5月3日、大叔母の要求に基づいてエリナーは、イリノイ州グレート・レイク (Great Lake) の海軍下士官及びポール・スウェット (Paul Swett) 夫人の里子を預かる家庭に移動された。メノミニー族 (Menominee) の構成員であるスウェット夫人は、エリナーをメノミニー族の活動に参加させ、インディアンの遺産と文化を教えた。DCFSに監護権が付与された後、ウィネベゴ族に訴訟参加の機会が与えられていた。1985年9月20日、母親は、ウィネベゴ族がICWAの規定に従って事件が部族裁判所に

²²⁷⁾ *Id.* at 280-81.

²²⁸⁾ 550 N.E.2d 1060 (Ill. Ct. App. 1990).

移送されるよう申し立てたことに異を唱えた。母親の反対は、功を奏した（合衆国法律集第25編第1911条第b項参照。）。1987年5月5日、ウィネベゴ族は、再び訴訟に参加し、管轄権を移送するよう申し立てると共に、事件を破棄するよう訴えた。1987年7月20日、母親は、またもやウィネベゴ族裁判所への事件の移送に反対している。

1987年10月6日、ウィネベゴ族は、クック郡（Cook County）巡回裁判所に、里親の家族（foster family）への移動は「幼児が、父親がアメリカ先住民ではなく、母親が本件部族又はポタワトミー族ではない家族に里子として現在預けられているが故に」不当であるとして、里子として預けることを停止する緊急申立（emergency motion）を提起した。この申立ては、エリナーの母親パウレスがウィネベゴ族ではなく、ポタワトミー族であったという曙光を提供するものであった。巡回裁判所は、ポタワトミー族にエリナーの母親パウレスがポタワトミー族に所属するか否か、その場合ポタワトミー族は訴訟に参加することを希望するか否かを確認するよう求めた。1987年10月21日、ポタワトミー族は、巡回裁判所にエリナーの母親がポタワトミー族の登録構成員であり、エリナーは構成員ではないが、当該部族に登録される資格があるとする情報を提出した。1987年11月17日、ポタワトミー族は、管轄権の移送及び事件の破棄を求めて訴えを提起した。1987年12月10日、エリナーは、一時的監護権者であるDCFSの同意を得ることなく、ポタワトミー族に登録された。1987年12月18日、母親パウレスは、彼女の弁護士である公選弁護士を通じて、巡回裁判所に管轄権の移送に反対しない旨を伝えた。ウィネベゴ族のみならず、州検事も、この移送に異を唱えなかった。エリナーの弁護士である公的後見人（Public Guardian）が、ポタワトミー族が管轄権を行使することは子どもの最善の利益とはならないが故に、イリノイ州が管轄権を維持することには、ICWAにいう「十分な理由」（同第1911条第b項参照。）があると主張して、移送に反対した。1988年3月18日、巡回裁判所は、イリノイ州にとって十分な理由はないとして、ポタワトミー族裁判所に事件を移送するよう命じた。公的後見人（以下、「上诉人」という。）が、イリノイ州第一

229)
地区控訴裁判所第二部に上訴した。以下、州控訴裁判所で下された判決の要旨である（上訴人が主張した違憲論に関する裁判所の判断にのみ言及し、本件で大きな争点となった十分な理由に対する司法判断は、これを省略する。）。

（2）上訴人は、以下の理由により、第1911条第b項をエリナーに適用することは違憲であると主張する。①IWAは、やむにやまれぬ政府利益（compelling governmental interest）に関係しない違憲の疑いの強い分類（suspect class）に適用され、又は合理的根拠を欠くが故に、修正第14条にいう平等保護を侵害する。②ICWAは、部族との接触がなかった児童に対する部族裁判所の管轄権を認めているが故に、修正第14条にいう適正手続を侵害する。

①について言えば、連邦法が違憲の疑いの強い分類に適用される場合、当該立法は、厳格審査（strict scrutiny）に服し、やむにやまれぬ利益を促進するに必要な場合にのみ合憲とされる（*Doe v. Edgar*, 721 F.2d 619, 622 (7th Cir. 1983).) が、ICWAは違憲の疑いの強い分類を含むものではない。インディアン部族に関する連邦法は、許すことのできない人種を基礎に置く区別に基づくものではなく、準主権的部族統一体の構成員としてのインディアンの特別の地位に由来するものである（*Washington v. Confederated Bands and Tribes of the Yakima Indian Nation*, 439 U.S. 463, 500-01 (1979); *United States v. Antelope*, 430 U.S. 641, 646 (1977); *Delaware Tribal Business Committee v. Weeks*, 430 U.S. 73, 84-85 (1976); *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 550-55 (1971).)。また、合衆国憲法第1条第8節にいう通商条項は、保留地及び保留地の外のインディアンを規制する無条件の権限を合衆国議会に付与し、ICWA制定のための議会権限を与えている（*See United States v. Nice*, 241 U.S. 591, 596 (1916); *United States v. Holliday*, 70 U.S. 407, 418 (1866).)。さらに、インディアンの特別の処遇を認める法律が、インディアンに対する合衆国議会の独特な義務の履行に合理的に関連している場合、当該法律を制定する際の立法的判断は是認される（*Morton v. Mancari*, 417 U.S. at 555.）。インディアン家族の全一性の保護は、合衆国議会のイン

229) *Id.* at 1062-64.

ディアンに対する独特な保護に合理的に結び付いた許し得る目的である。

上記②について言及すれば、上訴人は、エリナーは部族との「最小限度の接触」(minimum contact)を持っていないと主張している。合衆国議会は、通商条項を根拠に、インディアン保留地の外のインディアン児童に関する監護権立法を制定し得る。ICWAは、現在の部族との接触があると否とに拘わらず、インディアン部族の構成員が保護されることを保障するために合衆国議会によって制定されたスキームを構成するものである(Holyfield 判決 (490 U.S. 30, 48-50 (1989)))。従って、エリナーがポタワトミー族との接触を持っていないということをもって、エリナーの適正手続の権利が侵害されていると²³⁰⁾言うことはできないところである。

3 *In re A.B.*

第三に、²³¹⁾ ノースダコタ州最高裁判所の2003年判決 *In re A.B.* に言及する。

(1) 本件児童 A.B. は、1993年に出生している。生物学上の父 F.B. と父方の祖母 H.L. は、タートル・マウンテン族 (Turtle Mountain Tribe) (以下、「本件部族」という。) の登録構成員であり、本件児童は、ICWA にいうインディアン児童である (合衆国法律集第25編第1903条第4号)。本件訴訟の間、F.B. は、ワシントン州に住んでいた。2003年3月3日、本件児童 A.B. は、母親 K.B. が薬物を用いた上での運転で逮捕された際、K.B. と一緒にノースダコタ州カス郡 (Cass County) に住んでいた。K.B. は、警察に対して本件児童が7歳であること、2人の年下の兄弟が自宅にいることを告げている。本件児童は、保護留置 (protective custody) に移されており、彼女は正常な家庭に恵まれていないとする2001年3月の少年裁判所の決定後、カス郡は、彼女をファーゴ (Fargo) に居住していた H.L. に里子の養育を依頼している。H.L. の要請に基づいて、カス郡は、2001年10月に本件児童 A.B. を非インディアンの里子を預かる家庭に移動させた。2002年2月、K.B. の保護観察処分 (probation) が

²³⁰⁾ *Id.* at 1067-68.

²³¹⁾ 663 N.W.2d 625 (N.D. 2003).

撤回され、2年の実刑判決が下された。本件部族は、2002年2月20日の申立てにおいて、ICWAに基づいて本件児童に関する児童監護手続の管轄権をノースダコタ州少年裁判所から部族裁判所に移送しよう訴えた。K.B. がこれに反対し、当該州少年裁判所は、部族裁判所への管轄権の移送を拒否した(同第1911条第b項参照。)

2002年6月3日、カス郡は、K.B. と F.B. の親権の終結を少年裁判所に申し立てた。同年7月23日に提起された申立てにおいて、本件部族は、再び部族裁判所への管轄権の移送を申し立てた。K.B. は、今度はこれに反対しなかった。同年9月23日に開催された聴聞の後、司法審理人(judicial referee)は、管轄権の移送を否認するよう勧告した。本件部族は、「ノースダコタ州最高裁判所運営規則」(N.D. Sup. Ct. Admin. R.) 第13条に基づいて、審理人の決定を審理するよう少年裁判所に求めた。少年裁判所は、審理人の決定を覆し、部族裁判所は不便宜地裁判所(inconvenient forum)ではないと結論した。少年裁判所は、本件部族の訴えを認め、州裁判所への親権を終結させるための申立てを棄却した。これに対して、カス郡社会福祉課のソーシャルワーカーであるノリアン・フーツ(Noreen Hoots)が、ノースダコタ州最高裁判所に²³²⁾上訴した。

本件上訴においてカス郡は、以下のようにICWAの違憲論を展開している。すなわち、部族裁判所への管轄権の移送は、本件児童 A.B. の連邦及び州憲法にいう実体的デュー・プロセス及び平等保護の権利を侵害する。ICWA は、本件児童の安定した永続的な保護監護権の移動についての基本的権利を実質的に侵害するものであって、インディアン児童と非インディアン児童を別異に処理するよう要求するものである。かかる権利に対するICWAの侵害には、厳格な審査基準を適用し、合憲性が判断されてしかるべきであるところ、ICWA が促進しようとしている本件部族の利益は、実体的デュー・プロセス及び平等保護に違反するか否かを判断する際に適用さ

232) *Id.* at 626-27.

れる審査基準である「やむにやまれぬ政府利益」には当たらない。本件の事実関係の下で ICWA の違憲的適用を妨げるためには、EIF の法理が適用されるべきである²³³⁾。以下、合憲説の立場に立つノースダコタ州最高裁判所の判決要旨である。

(2) カリフォルニア州控訴裁判所は、*In re Santos Y.* (112 Cal. Rptr. 2d 692 (2001)) (以下、「*Santos* 判決」という。)で、ICWA のインディアン児童への適用は、合衆国憲法修正第 5 条、第 10 条及び第 14 条に違反すると判示した (*See also In re Bridget R.*, 49 Cal. Rptr. 2d 507 (1996).)。カリフォルニア州控訴裁判所は、*Santos* 判決で「部族との唯一の関連性が、登録された血統による 4 分の 1 のミネソタ・チッペワ族との遺伝学的関連性がある児童に適用される場合、違憲である。」として、事件当時 2 歳 6 ヶ月であった児童は、出生後、里子養育制度の下で生活し、出生から 3 ヶ月後に事実上の両親 (de facto parents) と生活しており、従って保護すべき「インディアン家族は存在しない。」としている (112 Cal. Rptr. 2d at 726)。同裁判所は以下のように述べ、ICWA が児童の実体的デュー・プロセスの権利を侵害するものであるとしている。すなわち、アメリカ・インディアンの文化を保護することが重要な——やむにやまれぬものではないにしても——政府利益であることを否定するものではないが、同化された両親と最小限の関係をもってきた他民族児童 (multiethnic child) に ICWA を適用することによって達せられる利益は、特に部族の利益に適用場合、児童が愛され、大事に思われる家庭に留まる当該児童の基本的権利を超えるに十分なやむにやまれぬ利益になるとは言い得ない (*Id.*)。またカリフォルニア州控訴裁判所は、ICWA が児童の平等保護の権利を侵害するものであるとすることについて以下のように述べている。児童の家族と部族コミュニティとの間の実質的な社会的、文化的又は政治的關係なくして、インディアン児童の遺伝学的地位によって引金がかかる ICWA の適用は、単に又は少なくとも主として「人種」に基づくものであ

233) *Id.* at 634.

るから、平等保護条項の下では厳格な審査に服させられる。適用されるべきテストは、区別が「やむにやまれぬ政府利益」を達成するか否かにあり、その目的を達成するために「厳格に仕立てられた」(narrowly tailored)ものでなければならない。少数派(Minor)へのICWAの適用が実体的デュー・プロセス侵害を構成するということは、ICWAの少数派への適用が、合衆国憲法修正第5条及び修正第14条にいう法の平等保護の侵害を構成するという結論に導くものである。訴訟記録によれば、少数派は、遺伝学的血統以外に部族とのいかなるつながりも有していない。ICWAの血統に基づく区分は、厳格審査に耐え得るものではない(*Id.* at 730)。さらに、カリフォルニア州控訴裁判所は、ICWAとインディアン通商条項との間に実体的関係が存在しないとしている。すなわち、ICWAをインディアン部族との関連性が単に4分の1の遺伝学的関与に過ぎない児童に適用することは、ICWAの制定目的——インディアン児童の最善の利益を保護し、及びインディアン部族と家族の安定並びに安全を保護すること(同第1902条)——に仕えるものではない。ICWAが少数派に適用された場合、ICWAは州に保留された権限(扶養²³⁴⁾を要する児童の保護)を著しく侵害する(*Id.* at 731)。

当裁判所は、*Santos* 判決がEIFの法理に依拠する限りにおいて、当該判決の分析を拒否する。何故ならば、それは、インディアン児童及びインディアン家族の利益を保護するのみならず、部族の児童の福祉及び部族文化の保持に有する部族の利益を保護するために制定されたICWAの立法目的に違背するからである(同第1901条)。ICWAに対する例外の司法的採用——EIFの法理を適用すること——は、インディアン児童への部族の利益を妨害し、ICWAの明確な文言を無視するものである。ICWAは、インディアン児童が既存のインディアン家族又は部族に関わる家族の一部であることを要求していない。さらに、合衆国最高裁判所は、*Holyfield* 判決(490 U.S. 30 (1989))で、ICWAは非インディアンによって養子縁組された多数のインディアン

234) *Id.* at 634-36.

児童による部族への影響についての合衆国議会の関心を反映したものであり、部族が児童又は両親の利益から分離された児童に利益を有することを強調することによって EIF の法理を覆している (*Id.* at 49-53)。また、当裁判所は、やむにやまれぬ政府利益基準は、ICWA が合憲か否かを審理する際に適用されないものと判断する。けだし、合衆国最高裁判所は、インディアンを「異なった区分」(distinct class) として扱う法律は平等保護違反となる主張を絶えず拒否してきているからである (*See, e.g.,* *Washington v. Confederated Bands and Tribes of the Yakima Indian Nation*, 439 U.S. 463, 500-01 (1979); *United States v. Antelope*, 430 U.S. 641, 646 (1977); *Delaware Tribal Business Committee v. Weeks*, 430 U.S. 73, 84-85 (1976); *Fisher v. District Court*, 424 U.S. 382, 390-91 (1976); *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 550-55 (1971).)。ICWA の下でのインディアンと非インディアンの別異の取扱いは、両親と児童の政治的地位及び部族の準主権的性格にその基礎を置いている (*See, e.g., In re Marcus S.*, 638 A.2d 1158, 1159 (Me. 1994); *Matter of Appeal in Pima County*, 635 P.2d 187, 193 (1981).)。当裁判所は、本件カス郡の違憲の主張に対して「合理的基準テスト」(rational basis test)〔政治的区分に適用される緩やかな審査基準〕を適用するものであり、ICWA は、アメリカ・インディアン家族と部族の全一性の保護に合理的に関連しており、そして、合衆国議会のインディアンへの独特な後見義務 (guardianship obligation) に合理的に関連していると結論する。合衆国議会は、インディアン事項を規制するその権限を合衆国憲法第 1 条第 8 節から引き出しているところ、インディアン事項を規制する当該議会の無条件の権限は、判例上確立している。従って、ICWA の制定は、合衆国議会の合理的権限²³⁵⁾の行使に当たり、修正第10条に違背するものではないと結論づけられる。

235) *Id.* at 636-37.

第三節 ICWA 違憲説

I Adoptive Couple v. Baby Girl におけるトーマス裁判官の同意意見

トーマス裁判官は、2013年の合衆国最高裁判決 *Adoptive Couple* 判決²³⁶⁾（第五章第二節 I 参照。）の同意意見の中で、以下のように ICWA の違憲説を展開している。なお、本件は、インディアンの幼女の非インディアンへの養子縁組に関わる事案であり、合衆国法律集第25編第1912条第 d 項、同第1912条第 f 項及び同第1915条第 a 項の解釈をめぐる争われたそれである。

合衆国議会は、伝統的な州の事項の領域の規制については、合衆国憲法が当該規制権限を承認している場合に限りにおいて規制し得るところである（合衆国憲法修正第10条）。従って、本件における入り口の問題は、合衆国憲法が衆国議会にインディアンが関係する場合に常に州監護権法を覆す権限を認めているか否かにある。ICWA は、「合衆国憲法第 1 条第 8 節第 3 項は、『合衆国議会は……インディアン部族との通商を規制する権限を有する。』と規定するところ、合衆国議会は、当該規定及びその他の憲法上の権限を通してインディアン問題に対する無条件の権限を有する。」と規定している（合衆国法律集第25編第1901条第 1 号）。何ゆえ同条項にいう「その他の憲法上の権限」へ言及されたかについては、明らかにされておらず、そして伝統的な州の権限への合衆国議会の侵入を支持するその他の列挙される権限を把握することはできない（See Natelson, *The Original Understanding of the Indian Commerce Clause*, 85 DENVER U. L. REV. 201, 210 (2007); Fletcher, *The Supreme Court and Federal Indian Policy*, NEB. L. REV. 121, 137 (2006).）。それ故に、無条件の権限は、インディアン通商条項の下で合衆国議会の権限に基づかなければならないことになる。当裁判所は、「インディアン通商条項の重要な機能は、インディアン問題の領域において法律を制定する無条件の権限を合衆国議会に与えたことに

236) 570 U.S. 637 (2013).

ある。」と判示してきたが (Cotton Petroleum Corp. v. New Mexico, 490 U.S. 163, 192 (1989).), 合衆国憲法の本文のみならず, 当該通商条項の原意解釈も, かかる「無条件の」権限についての合衆国議会の主張を支持するものではない。合衆国憲法第1条第8節第3項にいう「通商」には, 「製造及び農業」といった経済活動は含まれず (United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 586 (1995) (Thomas, J., concurring).), 子どもの監護権といった非経済的活動は, そのままにしておかれている。さらに, 「インディアンとの通商」という用語は, 合衆国の建国の過程において, 常に「インディアンとの交易」(trade with Indian) を意味するものとして使用されてきた (Natelson, at 215-17)。そして, インディアンとの通商規制は, 一般的に「インディアンの交易に携わる商人の行為, 彼らが売る商品の品質, 指定価格及びそれらに類似の事項」を規制する法構造に言及するものであった (Natelson, at 216)。インディアン通商条項は, 「外国通商条項」が合衆国内を旅行する全ての外国人との通商を規制する権限を合衆国議会に与えた以上のものを, インディアンの人びととの通商を規制する権限について合衆国議会に与えるものではない。従って, 合衆国憲法本文を率直に読むと, 合衆国議会は, 設立されたインディアン・コミュニティ (部族) との間に行われる商業上の交流 (通商) のみを規制し得るのであり, 合衆国議会の権限は, 断じて「無条件の」とは言い得ないのである。合衆国議会が無条件の権限を有するとの主張は, インディアン通商条項の歴史的発展にも相反するところである (See Natelson, at 219-50; Prakash, *Against Tribal Fungibility*, 89 CORNELL L. REV. 1069, 1090 (2004); The Federalist No. 42, at 265 (J. Madison); The Federalist No. 24, at 158 (A. Hamilton); F. PRUCHA, 1 THE GREAT FATHER ²³⁷⁾ 18-21 (1984).)。

以上述べてきたところから, 本件における ICWA の適用によって生み出される憲法上の問題は, 明らかである。第一に ICWA が規定するところの「児童の監護手続」(同第1903条第1号) は, 「通商」に該当しない。第二に本

²³⁷⁾ *Id.* at 657-65 (Thomas, J., concurring).

件の争点となっている ICWA の規定の関連部分は、インディアン部族を部族として規制するものではない。第1912条第 d 項、同条第 f 項及び第1915条第 a 項は、インディアン部族が関わると否とに拘わらず、インディアン児童が関わる全ての児童の監護手続に適用される。従って、本件は、「インディアン部族に関して法律を制定する」(United States v. Lara, 541 200 (2004).) 合衆国議会の権限に直接的に関係するものではない。本件児童は、決してインディアン保留地に居住していたのではなく、そして、本件部族は、当該児童に管轄権を有しては来なかった (*Holyfield* 判決 (490 U.S. 30, 53-54 (1989)) 参照。)。本件生みの父 (Birth Father) は、本件部族に登録されてはいるが、保留地で生活しなかったのである。従って、本件生みの父は、居住していた州 (オクラホマ州) の法律及び彼の娘が監護手続の過程で居住していた州 (サウスカロライナ州) の法律に服するのである。インディアン通商条項は、生みの父がインディアンとしての地位を有しているという一事をもって、生みの父に適用される特別法を制定する権限を合衆国議会に認めるものではない。合衆国議会は、インディアンの血統に属する人に関わっているが故に州裁判所に対して証拠及び手続についての異なった準則を適用するよう指図でき得るという考えは、不合理な可能性を生み出すものである。かかる無条件の権限は、合衆国議会にインディアンの被告人に対して刑事手続についての特別の準則を命令することを許すことになるであろう。同様にそれは、合衆国議会に契約上の争いがインディアンに関わっていた場合に、連邦法を州法にとって替えることを認めることにもなる。しかし、合衆国憲法は、州法がインディアンに適用される場合は、何時でも当該州法を覆す権限を合衆国議会に付与してはいない。従って、児童の監護手続への ICWA の適用は、憲法に違背する。ただし、ICWA の関連条項についての法廷意見の解釈は、これら憲法上の問題²³⁸⁾を回避しているが故に、法廷意見に同意するものである。

238) *Id.* at 665-66 (Thomas, J., concurring).

II *Brackeen v. Zinke*

2018年10月4日、合衆国テキサス州北部地区地方裁判所は、*Brackeen v. Zinke* (以下、「*Brackeen* 判決」という。)で、① ICWA の命令的移転の優先規定は、平等条項を侵害する。②合衆国議会によって制定された養子縁組における移転の優先を再規制する権限をインディアン部族に認める ICWA の規定は、「授權制限の法理」(non-delegation doctrine)を侵害する。③連邦基準を州に適用することを定める ICWA の規定は、修正第10条に違反する。④ BIA は、APA を侵害してその規則制定権を行使しているとする判決を下した。

1 事実の概要

第一事件は、ブラッキー (Brackeen) 夫妻と ICWA 及び2016年制定の決定規則の下でインディアン児童である A.L.M. との養子縁組手続をめぐって争われた事件である。ブラッキー夫妻が養子縁組を望んだ A.L.M. は、アリゾナ州で未婚のカップルである M.M. と J.J. の間に生まれている。生物学上の父は、チェロキー・ネーションの登録構成員であり、生物学上の母は、ナヴァホ・ネーションの登録構成員である。生物学上の母は、A.L.M. が生まれた数日後、彼を彼の父方の祖母と生活させるためにテキサス州に赴いた。彼が生後10ヶ月の時、テキサス州家族・保護福祉省 (Texas Department of Family and Protective Services) (以下、「TDFPS」という。)の部局である児童保護福祉局 (Child Protective Services) (以下、「CPS」という。)は、A.L.M. を祖母から引き離し、ブラッキー夫妻の里子の養育の下においた。ICWA 及び決定規則 (連邦行政命令集第25編第23.11条)に従って、チェロキー・ネーション及びナヴァホ・ネーションは、上記事項について正式に通知された。TDFPS は、ICWA の定める優先的な里子として預かる家庭への移動が存在しないことを確認したが故に、A.L.M. は、ブラッキー夫妻の下に留まり、彼の生物学上の両親及び父方の祖母の後押しの下に、ブラッキー夫妻が養子縁

239) 338 F. Supp. 3d 514 (N.D. Tex. 2018).

組を求めるまで16ヶ月以上にわたって同夫妻と生活した。2017年5月に入り、テキサス州裁判所は、A.L.M.がテキサス州法の下で養子縁組の資格があるとすることによって、A.L.M.の生物学上の両親の親権を終結させた。その直後にナヴァホ・ネーションが、州裁判所にA.L.M.の将来の保護監護権の移動先をニューメキシコ州の非親族(nonrelative)に見つけてきたと通知した。同年7月、ブラッキーン夫妻は、A.L.M.の養子縁組を求める初めての訴えを提起した。チェロキー・ネーション及びナヴァホ・ネーションは、ICWA及び決定規則に従って、養子縁組手続を正式に通知された(合衆国法律集第25編第1912条、連邦行政命令集第25編第23.11条)。同年8月、テキサス州家族裁判所は、ブラッキーン夫妻の養子縁組の申立てに関して聴聞会を開催した。ナヴァホ・ネーションが、A.L.M.が所属する部族として指定された。ブラッキーン夫妻は、ICWAの定める保護監護権の移動に関する優先権は、同夫妻がA.L.M.の養子縁組を正式に求める唯一の当事者であるが故に適用されず、十分な理由が存在すると主張した。連邦行政命令集第25編第23.132条第b項の規定に基づいて、ブラッキーン夫妻に十分な理由があるとする「明白且つ説得力ある証拠」の立証責任が求められ、同夫妻は、立証したが、TDFPSは、夫妻が十分な立証責任を果たしていないと反論した。2018年1月、ブラッキーン夫妻は、A.L.M.の養子縁組を申し立てたが、ICWA及び決定規則の下で養子縁組は2年にわたって「間接的攻撃」(collateral attack)²⁴⁰⁾にさらされた。

第二事件は、リブレット(Libretti)夫妻が赤ん坊Oの養子縁組手続をめぐって争った事件である。ネヴァダ州スパークス(Sparks)に居住するリブレット夫妻は、赤ん坊Oが2016年3月に誕生した時、養子縁組を求めた。赤ん坊Oの生物学上の母であるヘルナンデス(Hernandez)は、赤ん坊Oの面倒をみることができないと考え、子どもが誕生した際に養子縁組を望んだ。母親とリブレット夫妻は、定期的に行き来していた。赤ん坊Oの生物学上

240) *Id.* at 525-26.

の父である E.R.G. は、テキサス州エルパソ (El Paso) に位置するプエブロ族 (Pueblo Tribe) の構成員の血統であったが、赤ん坊 O の出生時、プエブロ族の構成員として登録されてはいなかった。プエブロ族は、赤ん坊 O をリブレット夫妻から移動させるべく、テキサス州の監護訴訟手続に参加した。²⁴¹⁾

第三事件は、クリフォード (Clifford) 夫妻が児童 P の養子縁組を争った事件である。児童 P の母方の祖母は、オブジワ族のホワイトアース・バンド (White Earth Band of Objive Tribe) の登録構成員である。児童 P は、ICWA の目的にとってホワイトアース・バンドの構成員である。ミネソタ州裁判所は、ホワイトアース・バンドの宣告 (pronouncement) に拘束されると判断し、ICWA が児童 P に関する監護権の決定に適用されなければならないと結論した。郡職員は、児童 P をクリフォード夫妻から引き離し、2018年1月に児童 P の母方の祖母に移動させた。児童 P の訴訟のための後見人は、クリフォード夫妻による養子縁組を支持し、養子縁組を結ぶことが児童 P の最善の利益であると主張した。しかし、ICWA が適用された結果、クリフォード夫妻と児童 P とは引き離されたままであった。²⁴²⁾

以上見てきたように、養子縁組及び里子を預かる家庭への移転が必要であった3人の児童らは、養親を見つけることができたが、ICWA の規定の故に、当該児童らは彼又は彼女が知っている家族から見知らぬ人の下に移転される恐れがあった。実際に、彼らの移動は、児童の後見人及び生物学上の親によって反対されており、1人の児童は、以前に里親としては不適切と宣言されていた親族の監護に移転されたのである。²⁴³⁾

本件原告は、テキサス、ルイジアナ及びインディアナの各州と複数の個人である。被告は、合衆国内務省及びその長官、BIA 及びその局長、保健・社会福祉省 (Department of Health and Human Services) (以下、「DHHS」という。) 及びその長官等である。2018年4月26日に訴訟が提起された直後、チェロキ

²⁴¹⁾ *Id.* at 526-27.

²⁴²⁾ *Id.* at 527.

²⁴³⁾ *See id.* at 525-27

ー・ネーション、オナイダ・ネーション (Oneida Nation) 及びミッション・インディアン・モロンゴ・バンド (Morongo Band of Mission Indians) 等²⁴³、訴訟に参加している。原告らは、ICWA の所与の規定、BIA が制定した決定規則、そして州が ICWA を遵守している場合に州の児童福祉給付の一部に連邦基金を充当する旨を定める「社会保障法」(以下、「SSA」という。)の規定が違憲であると主張して、正式事実審理を経ないでなされる判決を求めて訴訟を提起した。すなわち、原告らは、ICWA 及び決定規則は、①合衆国憲法修正第 5 条にいう法の下での平等保護の要求、②修正第 5 条にいう適正手続条項、③修正第 10 条、及び④第 1 条第 8 節第 3 項にいうインディアン通商条項の適切な範囲を侵害し、さらに、①決定規則²⁴⁴⁾は、APA を侵害し、② ICWA は合衆国憲法第 1 条を侵害すると主張している。

2 判決要旨

(1) 原告らが、合衆国法律集第 25 編第 1915 条第 a 項、同条第 b 項、第 1913 条第 d 項及び決定規則第 23.129 条ないし第 132 条は、法の下での平等を保護する修正第 5 条に違反すると主張する点について。

原告らは、ICWA は児童の人種によって児童の移転手続に特別の準則を規定しており、人種に基づく区分は「厳格審査」に服すると主張し、被告らは、ICWA が児童を政治的カテゴリーに基づいて区別するものであり、それ故に「合理性の基準」に従って審理されるべきであると主張する。修正第 14 条と異なり、修正第 5 条の文言には、平等保護条項は含まれていない。しかし、裁判所は、修正第 5 条に基づく平等保護侵害の訴えを修正第 14 条の下での審査基準と同様の審査基準によって審査している (See *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 217 (1995); *Richard v. Hinson*, 70 F.3d 415, 417 (5th Cir. 1995).)。このことは、連邦による人種に基づく区分は、州による人種に基づく区別と同様に、その目的にやむにやまれぬ政府利益があること、そして当

244) *Id.* at 519-20.

該目的を達成するための手段が厳密に仕立てられたものでなければならないことを意味する (515 U.S. at 202; *Fisher v. Univ. of Tex. at Austin*, 758 F.3d 633, 664 (5th Cir. 2014).)。他方において、インディアンに関する連邦法律が政治的区分 (political classification) に基づく場合、当該連邦法律の制定は、インディアンを「特定の及び特別の処遇」のために選び出すことが「合理的にインディアンに対する合衆国議会の独特の義務の履行に結び付いている」ならば、許されるところである (*Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 554-55 (1974).) (以下、「*Mancari* 判決」という)。この要請は、政府は制定法が合理的に見て正当な政府利益 (legitimate government interest) に関連していることを立証しなければならないとする典型的な合理性の審査基準を映し出すものである (*See F.C.C. v. Beach Comm'n's, Inc.*, 508 U.S. 307, 314 (1993).)。合衆国最高裁判所は、*Mancari* 判決及び *Rice v. Cayetano* (528 U.S. 495 (2000)) (以下、「*Rice* 判決」という。) で、人種に基づく区分とインディアン部族に基づく区分との相違について述べているが、原告らは、*Rice* 判決で争われた制定法と同様に、ICWA は、人種的区分のために先祖を代用しているが故に、*Rice* 判決の法理——厳格審査——が本件に適用されると主張する。反対に被告らは、*Mancari* 判決及びその他の100年前に遡る判決は、ICWA のインディアンの区分が政治的区分であることを支持していると主張する。有権者資格を先住ハワイ人 (native Hawaiians) に制限したハワイ州法が争われた *Rice* 判決において、合衆国最高裁判所は、ハワイ州は先祖を人種の定義として、及び人種的目的のために使用してきている。先祖の故のみをもって市民の間に区別を設けることは、本質的にその制度が平等原則に基礎づけられる自由な人民にとって唾棄すべきものである (*Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 100 (1943).)。この種の先祖の源に遡ることによって区別することは、同一のメカニズムを採用する法的カテゴリーを作り出すことによってその目的を達成し、名指しで人種を使用する法又は制定法として同一の権利侵害となる。ハワイ州の投票制限は、人種に基づく投票資格を定めるものであると述べている ((528 U.S. at 517)。また、*Mancari* 判決において、原告は、インディアンの申請者に優先権を付与

する BIA の雇用基準が違憲であることを求めて訴訟提起したところ、合衆国最高裁判所は、当該基準は人種的優先ではなくして政治的優先であると結論し、合憲と判断している。(417 U.S. 535)。けだし、合衆国最高裁判所は、優先は、インディアン自治の動機を促進するために合理的に意図され、及び BIA をしてインディアンが構成する団体の必要性にとってより責任を果たさせるための雇用基準であるが故に、合理的且つ直接的に正当な非人種的目的に関連している。優先は、準主権的部族統一体の構成員であって、BIA に仕事を申請することを選択するインディアンに与えることが意図されたからであるとしている (*Id.* at 554)。重要なことは、*Mancari* 判決における優先が、人種的にインディアンに分類される多くの個人を排除するために機能する連邦によって承認された構成員にのみ適用されたことにある (*Id.* at 555 n.24)。そして、この優先は、保留地の上に又は保留地の近隣に居住するインディアンにのみ適用されたことである (*Id.* at 552)。従って、*Mancari* 判決は、インディアンに関連する全ての疑義ある人種的優先が、实际的に政治的優先であることを明らかにしたものではないということである。合衆国最高裁判所は、*Mancari* 判決で展開された法理をより広く適用することは、インディアン問題への〔厳格審査基準の〕全面的免除によって提示されるであろう明らかにより困難な問題を生じさせることを認めている点に注意すべきである (*Id.* at 554)。

本件において争点となっている特別の区分は、*Rice* 判決における許し難い人種的区分を写し出しており、そして、實際上、*Mancari* 判決における区分から区別されるものである。ICWA におけるインディアン児童と分類されるための〔部族〕構成員たることの資格基準は、*Mancari* 判決におけるがごとき実際上の部族構成員に拠るものではない。ICWA は、インディアン児童を18歳未満の未婚の者であって、インディアン部族の構成員である者又はインディアン部族の構成員の資格がある者で、及びインディアン部族の構成員の生物学上の児童である者のいずれかをいうと定義している(合衆国法律集第25編第1903条第4号参照)。このことは、ある児童が血統によって部族の

祖先に関係を有していたならば、彼は又は彼女は、インディアン児童となることを意味する。これらの区分は、*Mancari* 判決がいうところの「インディアン問題への厳格審査基準の全面的免除」に類似する。ICWA にうインディアン児童についての管轄権の定義は、実際の部族への所属というよりも、先祖による部族構成員への有資格性基準に従うことによって、先祖を人種のための代用として使用しているものであり、それ故に、厳格審査基準に基づいて裁判所によって分析されなければならない。²⁴⁵⁾

本件において、被告らは、ICWA の人種的区分にやむにやまれぬ政府利益があることを立証してはならず、あるいはまた、当該区分がその目的のために厳密に仕立てられていることを立証していない。むしろ、被告らは、ICWA はインディアンを政治的に区分するものであり、合衆国議会のインディアンへの独特の義務の履行と合理的に関連していると主張するのみであって、ICWA がやむにやまれぬ政府利益を達成するために厳密に仕立てられていることの立証責任を果たしていない。被告らは、「インディアンへの合衆国議会の独特の義務の履行」は、彼らが主張する合理的審査基準を支える正当な政府目的であると主張する。やむにやまれぬ政府利益の基準は、広範な正当な政府目的基準の下で要求される利益より、より強力な利益を必然的に要求するところである。しかしながら、本件の場合、合衆国最高裁判所は、これらの利益はやむにやまれるぬものと推定し、制定法が厳密に仕立てられているか否かを審査するであろう。合衆国最高裁判所は、制定法がやむにやまれぬ政府利益のために厳密に仕立てられているか否かを判断するに際して、当該制定法が余りにも多くの——又は余りにも少ない——人びとに適用されるため、当該制定法に規定された目的を達成できないか否かを審理し、この審査基準を満たさない制定法を過大包摂、過小包摂又は両者に当たっている (*See Brown v. Enm't Merchs. Ass'n*, 564 U.S. 786, 804 (2011).)。制定法が、立法目的を達成するために必要とされるよりもより多い人びとに負担を

245) *Id.* at 530-34.

課す場合、当該制定法は、過大包摂となる（*See, e.g., Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 578 (1993) (Blackman, J. concurring).）。本件において、ICWA は、特別の部族利益に無関係な基準を設定し、当該基準を潜在的なインディアン児童に適用しているが故に、必要以上に広範と判断される。けだし、合衆国法律集第25編第1915条 第 a 項は、「州法に基づくいかなるインディアン児童の養子縁組による保護監護権の移動においても、相反する十分な理由が存在しない場合、監護権の移動に関して優先権が（1）児童の拡大家族の構成員、（2）インディアン児童が所属する部族のその他の構成員、又は（3）他のインディアン家族に与えられる。」と規定しているところ、第3号で「他のインディアン家族」と規定しているのであって、児童の移動に関しての優先権が、当該児童の構成員資格がない部族の家族に与えられることになる構造をとっている。かかる構造を採用することによって ICWA の規定する優先権は、「全てのインディアン部族を区別されない集団 (undifferentiated mass)」 (*United States v. Bryant*, ___ U.S. ___, 136 S.Ct. 1954, 1968 (2016) (Thomas, J., concurring).) として範疇的に処理している。これらの優先権を部族に拘わらず全ての部族に適用することは、インディアン児童の彼又は彼女の部族との関係を維持するために厳密に仕立てられていないことになる。ICWA は、インディアン部族の構成員とはならないであろう多くのインディアン児童に適用され（同第1903条第4号）、その結果、児童の移動についての第一優先権が、全く部族の構成員ではない家族構成員に与えられることになる。かかる規定は、児童の彼又は彼女の部族との関連維持という目的を達成するために必要以上の負担を当該児童に課すものである。²⁴⁶⁾

(2) 原告らが、合衆国法律集第25編第1915条第 c 項は、合衆国憲法第 1²⁴⁷⁾

²⁴⁶⁾ *Id.* at 534-36.

²⁴⁷⁾ 第1915条第 c 項「本条第 a 項又は第 b 項に基づく保護監護権の移動の場合においてインディアン児童が所属する部族が、決議によって優先権についての異なった規則を定めた場合、保護監護権の移動に影響を与える機関又は裁判所は、保護監護権の移動が本条第 b 項に規定される児童の特別の要求にとって最も制限的でない環境である限り、当該規則に従わなければならない。適切である場合、インディアン児童又

条に規定された授權制限の法理に違反して、インディアン部族に合衆国議会の権限を委任するが故に憲法に違反し、ICWAに規定された移転の優先権を超えて部族によって確立される移転の優先権を規定する決定規則第23.130条第b項も、授權制限の法理に違反すると主張する点について。

合衆国議会の権限の許し得る委任と許され得ない委任との区別は、通例、合衆国議会が法の制定又は法の執行に裁量権を委任しているか否かを審理することを要求する (*Dep't. of Transp. v. Ass'n of Am. R.R.'s*, 135 S. Ct. 1225, 1246 (2015) (Thomas, J. concurring) (以下、「*Ass'n of Am. R.R.'s* 判決」という。); *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 529 (1935).)。他方、合衆国議会は、両義性のある立法の解釈と同様に、立法の執行に必要とされる規制権限を連邦機関に委任することができる (*See City of Arlington, Tex. v. F.C.C.*, 569 U.S. 290, 296 (2013).)。規制権限の執行は、法的主体 (entity) に「一般的に私的行為に適用され得る準則を定式化する」ことを権限付けるものではない (*Ass'n of Am. R.R.'s* 判決 (135 S. Ct. at 1252 (Thomas, J. concurring))。規制権限の核心には、法を執行するために必要な政策判断の事実上の決定が含まれる (*See Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457, 474-75 (2001).)。規制権限の委任が適切か否かを決定するために、裁判所は、「明瞭の原則」 (intelligible principle) の基準を採用する。ここにいう基準は、合衆国議会は、連邦機関がそ

は親の優先権が考慮されなければならない。ただし、同意する親が匿名性の要求を示した場合、裁判所又は機関は優先権を適用するに際して当該要求に重きを置かなければならない。」

248) Sec. 23.130 provides that “(a) In any adoptive placement of an Indian child under State law, where the Indian child’s Tribe has not established a different order of preference under paragraph (b) of this section, preference must be given in descending order, as listed below, to placement of the child with: (1) A member of the Indian child’s extended family; (2) Other members of the Indian child’s Tribe; or (3) Other Indian families. (b) If the Indian child’s Tribe has established by resolution a different order of preference than that specified in ICWA, the Tribe’s placement preferences apply. (c) The court must, where appropriate, also consider the placement preference of the Indian child or Indian child’s parent.”

の決定の基礎とし得る明瞭な基準を打ち立てている場合に、規制権限を当該連邦機関に適切に委任できるという基準を指している（*Whitman v. Am. Trucking Ass'n*, 531 U.S. 457, 474 (2001).）。本件において、部族は、合衆国議会が ICWA に規定を置いた立法上の優先権を変更する権限を認められ、これらの変更は、州に対して拘束力をもつものと規定されている（同第1915条第 c 項参照）。特に、合衆国議会が制定法で規定した優先権を変更し、当該優先権を第三者に適用する権限は、「立法的」（legislative）と評価される（*Ass'n of Am. R.R.'s* 判決（135 S. Ct. at 1253-54 (Thomas, J. concurring)）。このことは、特にこれらの優先権の変更を認められた法的主体が法の執行の任務を負わない場合に当て嵌まるのである。合衆国議会は、「その専属的立法権限を委任することはできない。」（*See White Mountain Apache Tribe v. Arizona*, 649 F.2d 1274, 1281 (9th Cir. 1981); *Washington v. Confederated Tribes of Colville Indian Reservation*, 447 U.S. 134, 156 (1980).）。従って、第1915条第 c 項及び決定規則第23.130条第 b 項は、授權制限の法理に違反する。

合衆国議会が、ICWA を通して規制権限を認め得るとしたとしても、それは、インディアン部族に許すことのできないまでに連邦の規制権限を委任することになる。確かに合衆国議会は、インディアン部族を規制する権限を有し（インディアン通商条項（合衆国憲法第 1 条第 8 節第 3 項）参照。）、同様に、部族は、部族の土地及び保留地の上での行為を規制できる（*Atkinson Trading Co., Inc. v. Shirley*, 532 U.S. 645, 650-51 (2001).）。そして、合衆国議会は、授權制限の法理に反することなく規制権限を委任することによってその同格の部門（coordinate branch）からの援助を取得し得るが（*Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 372 (1989).）、インディアン部族は、政府の同格の部門ではない（*See Lawson, Delegation and Original Meaning*, 88 VA. L. REV. 327, 352-53 (2002).）。インディアン部族は、私的法主体と同様、「連邦政府の一部ではない。」（*Ass'n of Am. R.R.'s* 判決（135 S. Ct. at 1253 (Thomas, J. concurring)）。²⁴⁹⁾）。

249) 338 F. Supp. 3d at 536-38.

(3) 原告らが、ICWA 及び決定規則は修正第10条²⁵⁰⁾に反して州の権限を収奪する (commandeer) するものであって、同条にいう「州権収奪制限条項」に反する——特に合衆国法律集第25編第1901条ないし第1923条及び第1951条ないし第1952条について——とする主張について。

州権収奪制限の原則は、合衆国憲法に編入された合衆国の基本的な政治機構の決断の明らかな表明である (See *Murphy v. Nat'l Collegiate Athletic Ass'n*, 138 S. Ct. 1461, 1475, (2018).) (以下、「*Murphy*判決」という。)。すなわち、合衆国議会は、合衆国議会に無条件の立法権限を認めてはおらず、一定の列挙された権限のみを認めているのであり、「合衆国議会に付与された権限のリストにない権限は、州政府の権限である。けだし、合衆国憲法は、合衆国議会に州ではなく、個人を規制する権限を付与している。」(*Id.* at 1476)。列挙されていない立法権限は、修正第10条を通して州に保留され、「合衆国議会は、合衆国憲法が合衆国議会に権限を認めている場合にのみ、伝統的な州の関心事項の領域について規制権限を及ぼし得る。」(*Adoptive Couple* 判決 (133 S. Ct. at 2566 (2013) (Thomas, J. concurring).)。原告らは、ICWA は憲法に違反して連邦の基準及び命令を州によって設定された請求に適用することを州の裁判所並びに執行機関に要求するものであると主張する。これに対して、被告らは、インディアン通商条項によって合衆国議会に認められた ICWA を制定する権限は、決して州に保留されたものではなく、いかなる憲法上の問題も存在しないと主張する。合衆国最高裁判所は、州に対して連邦基準を州によって創設された請求に適用することを要求することは、*Murphy*判決、*Printz v. United States* (521 U.S. 898 (1997).) (以下、「*Printz*判決」という。) 及び *New York v. United States* (505 U.S. 144 (1992).) (以下、「*New York*判決」という。) における決定に矛盾すると認定している。州裁判所と連邦裁判所が多く²⁵⁰⁾の法領域で競合管轄権を分担していることは、問題なく正しいところである (See generally *Mims v. Arrow Fin. Ser., LLC*, 565 U.S. 368 (2012).)。法律は、州裁

250) 合衆国憲法修正第10条 「この憲法により、合衆国に委任されず、又は州が行使することを禁じられていない権限は、各州又は人民に保留される。」

判所が連邦の請求を審理しなければならない場合について同様に明瞭である。合衆国最高裁判所は、1947年の *Testa v. Katt* (330 U.S. 386 (1947)) において、州裁判所が類似する州法の請求を審理するところでは、当該州裁判所は連邦の請求も審理しなければならないと判示している。換言すれば、合衆国議会は、私的な連邦の訴訟原因 (private federal cause of action) を創り出し、州裁判所における競合管轄権を権限付けることができるのである。合衆国議会がそうした場合、州裁判所は、連邦の請求を審理拒否でき得ないのである。合衆国最高裁判所は、2009年の *Haywood v. Drown* (556 U.S. 729 (2009)) で、州は「州がその地方政策と一致しないと信ずるところの連邦の請求又は訴訟原因を無効にする権限を欠いている。」とし、「連邦裁判所と同様に州裁判所が、連邦の権利の擁護のためにフォーラムを提供することを委ねられた場合」、州裁判所は、連邦の請求の裁定を拒否し得ないとしている (*Id.* at 735-36)。しかしながら、本件における論争には、連邦のフォーラムで裁定され得る連邦の訴訟原因が含まれてはいない (合衆国法律集第25編第1915条第a項参照)。ICWA は、州が既存の州法の請求を修正するよう命じている。合衆国議会は、州によって作られた訴訟原因を修正する連邦基準を組み込むことによって、ICWA を履行するよう州裁判所に指図している。

Murphy 判決において合衆国最高裁判所は、州議会がスポーツ賭博 (sports gambling) を承認することを禁止する連邦法律は、当該連邦法律が個人というよりも、むしろ州を直接的に規制するが故に、州権収奪制限の原則に違反するとしたが、判決の中で、当該原則が何ゆえに重要かについて、それは、当該原則が①合衆国憲法上の自由の構造的保障の1つであること、②政治的責任を促進すること、③合衆国議会が、規制のコストを州に転ずることを妨げることにあると述べている (138 S.Ct. at 1477)。合衆国議会は、ICWA を制定した際に、これら3つの原則全てを侵害した。つまり、第一にICWA は、州に対して州が作成した訴訟原因に連邦の基準を課すことを指図しているが、このことは、インディアン問題に関する連邦と州との権限配分の境界線を越えているが故に、合衆国憲法の基本構造を侵害しているのである。第二

に ICWA は、州法の下で生ずる監護権の訴訟手続にのみ適用されるが故に、一般公衆にとっては州の裁判所又は議会が連邦によって命じられた基準に責任を負っているように写り、責任自体を不鮮明なものにしている (*Murphy* 判決 (138 S. Ct. at 1477))。第三に ICWA は、連邦の政策を執行するための権限を州に与えることによって、規制の費用を州に転じている。本件が立法機関又は執行官というよりも、主として州裁判所に関わっているという事実は、*Murphy* 判決、*Printz* 判決及び *New York* 判決で述べられた原則が適用されないということを意味するものではない。これらの判決において、合衆国最高裁判所は、「憲法起草者たちは、明らかに州ではなくして個人を規制する権限を合衆国議会に付与する憲法を選んだ。」という観念に依っている (*Printz* 判決 (521 U.S. at 920))。本件において、ICWA は、まさに州を規制している (同第1915条第 a 項、第 b 項)。インディアン児童の所属する部族裁判所が優先権についての異なった規則を打ち立てた場合、州の裁判所及び機関は、「保護監護権の移動が、本条〔第1915条〕第 b 項に規定される児童の特別の要求にとって最も制限的でない環境である限り、当該規則に従わなければならない。」(合衆国法律集第25編第1915条第 c 項)。かかる規定は、その文面上、合衆国議会による州への直接的指図である。従って、合衆国議会は、ICWA を通して州——個人ではない——を規制するものであり、合衆国憲法は、かかる権限を合衆国議会に認めてはいない。

被告らは、インディアン通商条項が合衆国議会に認めている無条件の権限は、合衆国議会が部族構成員の資格を有するインディアン児童に関する児童の監護手続において州を指図することを認めている。それ故に、いかなる権限も、州に保留されておらず、修正第10条に反するものではないと主張する。しかし、修正第10条の適用範囲に拘わらず、合衆国憲法のいかなる規定も、合衆国議会に「州政府に対して直接的命令を発する」権限を認めてはおらず、インディアン通商条項も異なるところではない (*Murphy* 判決参照 (138 S. Ct. at 1487) 〇)。

被告らは、インディアン通商条項に従って制定された ICWA は、単に個

人を規制する連邦法律と相矛盾する州法だけに専占するが故に、州権収奪制限条項は適用されないと主張する。専占は、一般的に連邦法と州法が競合的管轄権を有する事項に関して、両者が衝突する場合に適用される（*See Wyeth v. Levine*, 555 U.S. 555, 584 (2009).）。合衆国憲法第6条第2項にいう最高法規条項の専占は、私的行為者の行為を規制する州法と連邦法との衝突に適用されるが、直接的に州を規制する法律を救うことはできない（*Murphy*判決（138 S. Ct. at 1481）参照。）。ICWAの一般的政策は、インディアン児童の保護に向けられているが（同第1902条）、同法の特別な規定は、第1915条と同様に、同等の強制メカニズムなしに直接的に州に対して同法を強制するよう指図し、私的行為者にいかなる連邦の制限をも課してはいない。これらの指図は、正当に制定された州法と連邦法との間の衝突を結果するものではない。むしろ、これらの規定は、州の訴訟原因に連邦基準を直接的に採用するよう州を指図するものである。それ故に、合衆国法律集第25編第1901条ないし第1923条及び第1951条ないし第1952条は、州権収奪制限条項の法理に違背する。²⁵¹⁾

（4）原告らが、決定規則は、①違憲の法律の履行を目的とし、それ故に法に反するものとして無効とされなければならない、②ICWAの下での内務省の法的規制権限の範囲を逸脱しており、③制定法の許し難い曖昧な構造を反映し、及び④恣意的で且つ根拠を欠いているが故に、APAを侵害すると主張する点について。

当裁判所は、上記の如く、合衆国法律集第25編第1901条ないし第1923条及び第1951条ないし第1952条を違憲と判断した。それ故に、ICWAの違憲とされた諸規定の箇所を規制する決定規則第23.106ないし23.112条、第23.114条ないし23.119条、第23.121ないし23.122条、第23.124条ないし第23.128条及び第23.130条ないし第23.132条は、無効とされる。ただし、「行政機関の権限は、当該機関が執行する法律の文言によって制約される。」（*Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007).）からである。原告らのAPAに基づく正式事実審理

251) 338 F. Supp.3d at 538-41.

を経ないでなされる判決の申立ては、承認される。

原告らは、決定規則の上記諸規定は、同規則がBIAによって拘束力ある規則——BIAは、これまで〔決定規則が制定される2015年に至るまで〕ICWAを執行するために必要ではないとしていた〔単なる指針〕——であるとされるが故に、ICWAに基づくBIAの規制権限を踰越すると主張する。広範且つ新規な方法をもってBIAの規則の範囲を拡大することは、ICWAによって権限付けられている場合にのみ有効である（*Chamber of Commerce v. Dep't of Labor*, 885 F.3d 360, 369 (5th Cir. Mar. 15, 2018).）。規制権者の権限は、合衆国議会が制定法によって委任した権限によって制約される。制定法の本文と構成が、行政機関の制定法の解釈を明確に排除している場合、合衆国議会の意図は明確であり、行政機関と同様に裁判所は、明確に表明された合衆国議会の意図を実施しなければならない（*Chevron, U.S.A., Inc. v. N.R.D.C., Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).）。本件において、合衆国議会は、必要とあれば規制する権限を内務省に対して明白且つ明瞭に認めている（同第1952条参照。）。

BIAは、ICWAは「〔ICWAの〕諸規定を執行する」ために要請される業務の大多数が州の裁判所及び行政機関にかかっているが故に、多くのその他の連邦法律とは異なると主張する（同第1915条参照。）。BIAは、1979年ガイドラインを執行するに際して「〔ICWAの〕立法史に合衆国議会が内務省に対して州又は部族裁判に対する監督権（supervisory control）を行使し、又はインディアン児童の監護事項について立法するよう意図していたことを示唆するなものも見出されない。」ことを認めている（44 Fed. Reg. 67,584 (Nov. 26, 1979)）。従って、BIAは、州及び部族裁判所が直接的な連邦規制なくして、ICWAを執行する権限を認め、30年以上にわたってそのことを許していたのである。しかしながら、決定規則を制定するに当ってBIAは、その初期に採ってきた立場とは反対の立場に立って、第1952条は拘束力ある規則を制定する権限を認めていることを強調したのである。BIAは、その理由として、州の裁判所の間にICWAの統一的な適用がなされていないことを挙げている（81 Fed. Reg. 38,785 (Jun. 14, 2016)）。しかし、その間の説明ないし理由につ

いては、BIA によって明確にはされていない (81 Fed. Reg. 38,782-90)。当初の立場と衝突する現在の政府機関の解釈は、かなり低い敬意を払われるのみであり、「懐疑基準」(measure of skepticism)をもって判断される (Util. Air Regulatory Grp v. EPA, 573 U.S. 302 (2014); Watt v. Alaska, 451 U.S. 259, 273 (1981).)。BIA は、1979年の時点では、ICWA 解釈の第一次的責任は州裁判所にあることを認めていたのである (44 Fed. Reg. 67,584 (citing Batterton v. Francis, 432 U.S. 416, 424-25 (1977).))。BIA は、ICWA の諸規定を執行する権限に対するその立場の変更を説明していないのであり、決定規則は、ICWA を執行するために必要とはされないところである。従って、BIA が拘束力ある規制を公布したことは、合衆国議会が BIA に ICWA の実施するために認めた制定法上の権限を踰越したことになる。それ故に、決定規則第23.106条ないし23.122条、第23.124条ないし第23.132は、原告たる州を拘束する範囲で無効である。²⁵²⁾

(5) 原告らが、決定規則並びに合衆国法律集第25編第1910条第 a 項及び第 b 項は修正第 5 条にいう適正手続に違反すると主張する点について。

原告らは、ICWA の人種的区分は、部族構成員という恣意的事実ものにのみ基づいて親密な家族関係を崩壊させるものであり、家族は、子どもの世話、監護及び監督に関する決定を行う基本的権利を有すると主張する。合衆国最高裁判所は、監護及び家族を維持する権利はいずれも基本的権利であることを認めている (See Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000); Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).)。同様に、合衆国最高裁判所は、将来の養親又は養子縁組が間接的攻撃にさらされている養親のいずれかに関わる状況において、上記の権利を適用してきてはいない。これらの理由により、原告らの実態的適正手続請求への正式事実審理を経ないでなされる判決を求める訴えは、本件において否認される。²⁵³⁾

(6) 原告らが、合衆国議会は、インディアン通商条項に基づいて合衆国法律集第25編第1901条ないし第1923条並びに第1951条ないし第1952条を制定

252) *Id.* at 541-44.

253) *Id.* at 546.

する憲法上の権限を有しないと主張する点について。

被告らは、インディアン通商条項は、合衆国議会にインディアン問題に対して無条件の権限を有すると反論している。しかし、合衆国最高裁判所は、*Murphy* 判決において、合衆国議会がこの点に関して直接的に指図する権限を有することを認めていないところである (138 S. Ct. at 1479)。従って、ICWA 第1901条ないし第1923条並びに第1951条ないし第1952条が憲法に違反するとの宣言を求める原告らの主張は、容認される。²⁵⁴⁾

3 批評

本判決は、合衆国最高裁判所の判例によって形成されてきたインディアン法の解釈原理からして、同意できないところである。本判決が、インディアン法の分野において、裁判所、行政機関及び法律実務家にいかなる影響力を有するかについては現段階では予断を許さないところであるが、同法の分野での大きな問題提起を行った判決と言い得ることは、確かである。因みに、判決を書いたオコナ裁判官 (O'Connor, J.) は、オバマ大統領 (当時)²⁵⁵⁾ が2010年3月に署名、成立した「患者保護並びに医療費負担適正化法」(the Patient Protection and Affordable Care Act, PPACA)²⁵⁶⁾ に対しても、2018年12月に違憲判決を書いている。

²⁵⁴⁾ *Id.*

²⁵⁵⁾ Act of Mar. 23, 2010, Pub. L. No. 111-148, 124 Stat. 119, codified as amended at scattered sections of the Internal Revenue Code and in 42 U.S.C.

²⁵⁶⁾ See Mainon A. Schwartz, *Is the Indian Child Welfare Act Constitutional?*, Congressional Research Service (Jan. 22, 2019), available at <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10245.pdf> (last visited Feb. 1, 2019).